

COMMENTAIRE

DU

CONTRAT DE SOCIETÉ.

COMMENTAIRE

DU

CONTRAT DE SOCIÉTÉ

EN MATIÈRE CIVILE ET COMMERCIALE

PAR

Troplong

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION DE FRANCE, MEMBRE DE L'INSTITUT,
OFFICIER DE L'ORDRE ROYAL DE LA LÉGION D'HONNEUR.

Édition augmentée en Belgique de la conférence avec les ouvrages de

MM. Duvergier, Duranton, Toullier, Merlin, Rolland de Villargues,
Boileux, Zachariæ, Demaute, Delenrie, Championnière et Rigaud, Favard de Langlade, Dalloz, O. Leclercq,
Malepeyre et Jourdain, Pardessus, Persil, Vincens, Delvincourt, Delangle, etc., etc.

PRÉSENTANT SOUS CHAQUE ARTICLE DU TITRE DE LA SOCIÉTÉ, DU CODE CIVIL ET DU CODE DE COMMERCE
LA RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS ET LES TRAVAUX PRÉPARATOIRES,
L'INDICATION DES SOURCES, DE LA JURISPRUDENCE ET DE LA LÉGISLATION
ÉTRANGÈRE; COMPLÉTÉE PAR LA SYNOPSIE ET LA BIBLIOGRAPHIE.



BRUXELLES.

MELINE, CANS ET COMPAGNIE.

LIBRAIRIE, IMPRIMERIE ET FONDERIE.

—

1843

AVERTISSEMENT

DE L'ÉDITEUR BELGE.

Plus d'un quart de siècle s'est écoulé depuis que les codes de l'empire français ont été la base de toute la législation moderne applicable en Belgique et dans les pays qui les ont adoptés. Quelques modifications y ont été apportées; mais ces modifications, peu nombreuses d'ailleurs, n'ont pas une bien grande importance; si quelque jour on songe à reviser ces lois, on peut prédire que ce travail ne produira que quelques changements de détail, et laissera subsister intacte la plus grande partie de cette œuvre, depuis longtemps espérée et enfin accomplie, de l'uniformité de la loi par la codification. Les explications données par la doctrine des auteurs, les enseignements puisés dans la jurisprudence des arrêts, ne perdront jamais de leur utilité, quand ils se rattacheront à ces lois, invoquées encore pendant plusieurs siècles.

Supposer que les codes nouveaux seraient empreints d'une concision non exclusive de leur clarté, et qu'il suffirait de la loi seule pour la bien connaître, c'était le rêve d'un grand homme de guerre; mais ce rêve accusait son inexpérience en jurisprudence.

Si les commentaires devaient *gâter*, selon Napoléon le Grand, l'œuvre à laquelle il voulait attacher son nom, c'était là cependant un événement inévitable, et dont le besoin même était immédiatement senti; aussi les commentateurs, peu nombreux dans le principe, n'ont-ils pas tardé à se produire en grand nombre.

Pour enseigner les éléments de la science, pour apporter aux plaideurs le fruit de son expérience, pour décider sans témérité, et la conscience en repos, les contestations qui s'agitent dans l'arène judiciaire, on veut consulter les opinions de tous; et quand chaque partie de nos codes a été éclaircie par les œuvres de dix commentateurs au moins, il est difficile de tout acquérir, car il y a là une grande dépense à faire; il est difficile de tout consulter, car il y a là une grande perte de temps à subir.

Le moment est donc venu de marquer un point d'arrêt dans la science du droit moderne, et de grouper autour de l'opinion d'un *seul* les opinions de *tous*. Par le contact de ces opinions rapprochées, le cercle des idées va s'étendre, des objections qu'on croyait insolubles vont être résolues, des doutes permanents seront dissipés, une lumière nouvelle, produite avec éclat. C'est là le travail que nous avons l'ambition de commencer et l'espoir d'achever sous le titre de *Commentaire des commentaires*, et de *Traité des traités*.

Notre première publication a été celle du *Traité sur le domaine privé*, par Proudhon; nous expliquions notre système dans ces termes :

« Nous comparons son travail avec tous les auteurs qui ont traité la même matière. S'il y a assentiment de la part d'un autre auteur, nous l'indiquons *en note;* si les raisons de décider sont autres que celles données par notre auteur *type*, nous les rapportons, toujours en note; s'il y a dissentiment, cette opinion contraire est *textuellement* reproduite; un auteur traite-t-il une question inaperçue par Proudhon, nous la posons dans le sommaire en caractère *italique*, ce qui démontre déjà qu'il ne s'agit pas là d'un point envisagé par l'auteur original, et c'est toujours en note et à son ordre de *numéro*, que la question discutée est rapportée par nous. Ainsi dans un cadre unique est représenté l'état de la doctrine et de la jurisprudence sur chacune des parties du droit, sans que le texte de l'auteur *type* soit jamais altéré; la réunion de toutes ces *monographies* une fois achevée, on aura élevé à la science le monument le plus vaste et le plus complet, *une véritable encyclopédie de droit moderne.*

« C'est donc dans une vue d'ensemble que nous entamons cette publication, avec le désir d'éviter les redites et les doubles emplois. Chaque monographie forme par elle seule un tout séparé. Plus de crainte dès lors de voir l'entreprise inachevée, puisque chaque monographie forme par elle seule un livre complet, dans lequel sont venus se fondre, par fraction, les commentateurs généraux, tels que Toullier et Duranton.

« On comprend qu'une aussi rude entreprise ne peut être le résultat de *l'analyse* d'un seul homme; mais une direction unique présidera au travail.

« Les auteurs qui ont écrit sur l'ensemble ou sur une seule partie du droit ont suivi la forme du *traité*, du *commentaire* ou du *répertoire;* chacun de ces systèmes présente ses avantages et ses inconvénients : ce n'est pas ici le lieu de les discuter : au lieu de faire un choix, nous avons conçu l'idée, beaucoup plus utile, de présenter le travail de l'auteur *type*, sous chacune de ces trois formes.

« Proudhon avait suivi la marche du traité; nous avons réimprimé son livre sans altération : Le *Traité du domaine privé* est ici le *livre original.*

« Sous le titre de *commentaire*, nous avons rappelé sous chacun des *articles* du code, objet du traité de Proudhon, les travaux préparatoires de cette disposition législative, ses sources, sa comparaison avec le droit étranger, et enfin l'indication de toutes les *questions* que l'article sou-

levait : c'est là une addition importante aux éditions de Proudhon qui ont paru jusqu'aujourd'hui, et qui assure déjà à la nôtre un grand avantage sur elles. Dans cette partie de notre travail sont venus se fondre, dans un ordre plus méthodique, le grand ouvrage du baron Locré et celui de Fenet sur les travaux préparatoires du code civil; tous ceux qui ont dû y recourir regrettaient la pénible nécessité de compulser ces ouvrages à plusieurs endroits pour y chercher un éclaircissement; notre commentaire a rendu cette recherche facile et instructive à la fois. Une table alphabétique, revue avec soin et enrichie des indications de nos nombreuses annotations, présente toute l'utilité du répertoire.

« Et cependant ce n'est pas à cela que se bornent les améliorations introduites par ce mode de publication.

« Chacune des subdivisions du livre original a été précédée de *sommaires analytiques* qui résument avec laconisme les matières *traitées* dans ces subdivisions. C'est encore ici un travail qui ne se trouve dans aucune autre édition.

« La réunion de tous les sommaires contenus dans l'ouvrage permet d'en lire en quelques minutes tout le *résumé;* c'est un nouveau moyen de contrôle dans les recherches à y faire, c'est un auxiliaire précieux pour celui qui veut étudier cette partie du droit commentée dans le livre.

« Trois tableaux synoptiques, extraits de l'ouvrage de M. Brossart, font saisir, à leur seule inspection, la distinction des biens, leur nature, l'étendue de la propriété, leurs rapports avec ceux qui les possèdent. C'est encore là une incontestable amélioration.

« Enfin la Bibliographie de la science sur les matières objet du livre de Proudhon, viendra indiquer plus d'une mine féconde à fouiller par de laborieux mais trop rares monographes. »

Nous avons publié sur le même plan le *Commentaire de la prescription* par Troplong. Dans cet ouvrage les travaux préparatoires, les sources, la législation étrangère, sont rappelés sous chacun des articles du code commentés par cet auteur. Sous le titre de *traité*, nous avons réuni tous les sommaires analytiques en les classant sous les divisions ordinairement adoptées par les auteurs qui ont suivi un ordre méthodique. La réunion de ces sommaires présente l'analyse fidèle de tout ce que contient le commentaire. C'est un moyen de contrôle pour les recherches, une sorte de questionnaire destiné à l'étude de ce titre important du code civil.

Les tableaux synoptiques ont dans ce même but un grand caractère d'utilité : la *Bibliographie*, qui démontre l'inexplicable laconisme de la *bibliothèque de droit*, par Dupin, pour la matière de la prescription, mettra à la portée de tous l'indication des richesses de la science, quant aux monographies qui ont paru sur cet objet; pour la compléter il faudra recourir à l'énumération des ouvrages généraux dans une de nos publications ultérieures.

En parcourant ce volume, fruit de la compilation de tant d'ouvrages différents, on peut se faire une idée de ce qu'il a fallu de courage pour conduire à bonne fin ce travail; il a fallu aussi, pour surmonter ce qu'il présentait d'aride et de rebutant, que nous fussions bien convaincu de son utilité. On ne perdra pas de vue que nous avons dû nous réduire au rôle modeste de *rapporteur*, sans aspirer à celui de critique. Cela nous eût conduit beaucoup trop loin, et nos publications se fussent suivies alors à de trop longs intervalles.

Nous publions aujourd'hui le *Commentaire des Sociétés civiles et commerciales*, par Troplong. Pour notre travail nous avons dû suivre naturellement la marche adoptée pour le *Commentaire de la Prescription*. Les travaux préparatoires, les sources, la législation étrangère se trouvent rapprochés de chacun des articles 1832 à 1873 du code civil.

Nous devions cependant ajouter au livre de Troplong une partie nouvelle destinée à le compléter. Ce savant magistrat a commenté les articles du code civil, et c'est suivant que la matière s'y prêtait, qu'il s'est occupé à la fois des sociétés commerciales. Pour ces dernières le texte indicateur n'est donc pas toujours facile à trouver. Par exemple, sous quel article du code civil l'auteur a-t-il parlé des sociétés en participation? Voilà la question que l'on pouvait se faire; notre travail complémentaire fait cesser le doute.

Nous avons ajouté le commentaire spécial des art. 18 à 50 du code de commerce. Sous chacun de ces articles seront retracés les travaux préparatoires et toutes les questions qui se rapportent à l'article et ont été examinées par Troplong, dans le commentaire du code civil.

Ce complément, que nous regardons comme une incontestable amélioration, nous permettra sans doute de mettre à profit le livre de Delangle sur les sociétés commerciales, qui paraîtra après l'impression du commentaire de Troplong.

L'importance de cette publication nouvelle nous engagera peut-être à reproduire en entier tout ce travail, qui serait dans ce cas l'objet d'une conférence spéciale avec le livre de Troplong. Mais il faudra ne pas perdre de vue la forme nouvelle sous laquelle nous ferons cette conférence. On ne se contentera donc pas d'une recherche dans le commentaire de celui-ci, il sera prudent de recourir au *traité* formé de la réunion des sommaires, et au *répertoire alphabétique*, qui présenterait l'avantage d'être commun aux deux commentaires.

FORMAT.

Le format que nous avons adopté présente une économie de trente pour cent sur tous les *formats* in-8° usités jusqu'à ce jour. L'abondance des notes nous forçait d'ailleurs à en faire choix. Nous pourrons ainsi souvent réunir en un seul volume ce qui eût exigé deux volumes d'un format plus petit; les frais de reliure sont ainsi réduits de près de moitié, et notre collection exigera moins d'espace pour la contenir.

INDICATION DES OUVRAGES QUI ONT SERVI AU TRAVAIL COMPARATIF SUR LA SOCIÉTÉ.

MONOGRAPHIES. — Malepeyre et Jourdain, *Sociétés commerciales*, 1 vol. in-8°. . . . . Prix fr. 7 50
Persil, *Sociétés commerciales*, 1 vol in-8°. . . . 6 —
OUVRAGES GÉNÉRAUX. — *Duvergier.* — *Duranton.* — *Toullier.* — *Merlin.* — *Rolland de Villargues.* — *Boileux.* — *Zachariæ.* — *Demante.* — *Delaurie.* — *Championnière et Rigaud.* — *Favard de Langlade.* — *Dalloz.* — *O. Leclercq.* — *Pardessus.* — *Vincens.* — *Delvincourt.*

PRÉFACE [1].

« Quoniam in singulis libris utor præmiis. »
Cicér. ad Attic. IV, 16 (2).

L'homme, considéré dans ce qui tient à l'association de ses intérêts privés, se trouve placé entre deux directions contraires par le sentiment de sa force et le sentiment de sa faiblesse. Le premier le conduit à l'indépendance, et l'indépendance à un orgueilleux isolement; le second lui fait sentir le besoin d'un appui, et rechercher dans l'association un remède à son insuffisance. L'apologue a dépeint ingénieusement cette double situation. Le lion, symbole de la force, n'accepte pas de société; le renard et son compagnon ne sont pour lui que de fragiles instruments; il les brise à sa volonté; lui seul est maître de la proie. Pour peindre l'esprit d'association dans sa vérité, l'apologue met en scène deux êtres affligés des infirmités de la vie : un estropié qui ne peut marcher s'unit à un aveugle qui ne peut se guider. L'aveugle prend l'estropié sur ses épaules; l'estropié dirige l'aveugle, et tous les deux arrivent à bon port (3).

Il y a, dans ces fictions, un épilogue pour les jurisconsultes. Le contrat de société, auquel elles font allusion, repose sur la réciprocité de besoin et de confiance; l'intérêt y a sa grande place : voilà pourquoi il est dans le nombre des contrats intéressés de part et d'autre. Mais l'égalité, la sympathie, la fraternité (ce dernier mot est d'Ulpien) (4) doivent servir de modérateur à l'intérêt, et le maintenir dans les voies du juste. Sans ces contre-poids nécessaires, la société perd ses avantages; elle devient un monopole au profit du plus fort; c'est la combinaison flétrie par le droit romain du nom de pacte léonin. Et comme le besoin est dans la nature humaine, le contrat de société, né du besoin, entretenu, développé, diversifié par le besoin, est au plus haut degré un contrat du droit naturel. L'homme créé sociable, placé à son berceau dans une société native par les lois immuables de la famille et de la cité, n'a fait qu'obéir à ses instincts les plus intimes lorsqu'il a appliqué l'idée de la société à l'administration de ses intérêts matériels. Il s'est associé pour certains genres d'affaires par un effet de cette grande loi naturelle, qui l'a invinciblement engendré pour la société de la famille et de l'État.

Le mot de société a un sens étendu qui comprend une foule de rapports que notre travail n'a pas pour objet d'embrasser. Toutes ces sociétés, les unes élémentaires, les autres artificielles, dont le faisceau forme la société politique; toutes ces agrégations si variées dans leur but, qui depuis le mariage et la commune s'échelonnent de degrés en degrés, en partant d'un principe commun (5), associations religieuses, amicales, politiques, littéraires, économiques : celles-ci animées d'un esprit conservateur, celles-là bouillonnant de l'esprit d'opposition et de réforme : celles-ci organisées pour le développement de la richesse privée et publique, celles-là pour la distraction et le plaisir; toutes ces combinaisons, dis-je, n'entrent pas dans le plan de ce livre. Le cadre du jurisconsulte n'empiétera donc pas sur celui du publiciste; c'est à ce dernier qu'il appartient de suivre l'esprit d'association dans les influences, tour à tour salutaires et redoutables, qu'il exerce, en s'appliquant aux intérêts et aux passions que le gouvernement est plus particulièrement chargé de diriger, de surveiller, de contenir. Le contrat de société, réglé par le code civil, est renfermé dans des limites plus étroites; c'est exclusivement celui qui se forme entre deux ou plusieurs personnes pour se procurer un bénéfice appréciable en argent, et se le

(1) Cette dissertation a été lue à l'Académie des sciences morales et politiques.
(2) Édit. Panck., t. XIX, p. 294.
(3) Anthologia, lib. I, cap. X.
(4) *Infrà*, n° 10.
(5) Voy. Cicér., *de officiis*, lib. I, cap. XVI et XVII.

partager. Tel qu'il est, il a une très-grande importance, et depuis quelques années il a beaucoup occupé non-seulement les jurisconsultes, mais encore les économistes. Entre tous les contrats du droit civil, c'est celui qui est l'objet de plus d'espérance et de faveur de la part d'une époque fortement préoccupée de ses intérêts matériels. L'activité industrielle, qui, pour le moment, a succédé à l'activité guerrière de notre nation, fait rêver à quelques-uns de splendides conquêtes par l'association. Ils veulent que l'association fasse sortir de son sein des phalanges de capitalistes plus nombreuses et mieux disciplinées; ils demandent au contrat de société des armées de producteurs, des chefs obéis, et une nouvelle stratégie économique plus en rapport avec l'ambition des grandes entreprises.

Une telle disposition des esprits ne laisse pas que d'être embarrassante pour un livre sur la société. Je ne serais pas étonné que l'on s'attendît à y trouver quelque secret magique, quelque arcane merveilleux pour décupler la richesse par la puissance de l'association! Mais je dois avouer dès l'abord que je n'ai rien tenté pour réaliser ces espérances; je les crois exagérées. En me renfermant dans le présent, en laissant à l'écart l'avenir que je ne saurais prévoir, je ne pense pas que l'esprit d'association soit appelé à de plus grandes destinées que celles qu'il a accomplies dans le passé et jusqu'à ce jour. Je crois notre loi sur les sociétés bonne, suffisante, assez large pour toutes les conceptions sages. Je n'en demande pas la réforme, et l'on me trouvera plus disposé à la défendre qu'à l'accuser d'être imprévoyante, étroite ou arriérée.

Loin de nous, donc, toutes ces préventions trop favorables, qui ressemblent à de l'engouement. A mon avis, ce sont des débris de systèmes philosophiques et économiques sans consistance et sans vérité. Ces systèmes sont tombés parce qu'ils étaient insoutenables. Cependant, du bruit qu'ils ont cherché à faire, il est resté comme un soupçon vague, que le contrat de société pourrait bien être un moyen de production et d'organisation plus énergique qu'on ne l'a cru jusqu'à présent. Je ne veux pas revenir sur ces systèmes; on sait à quels écarts ils ont conduit le droit de faire des utopies. Entre les mains de Robert Owen, l'association, poussée dans ses dernières conséquences, a abouti à la communauté d'hommes et de femmes, et les malheureuses populations de l'Amérique du Nord qui en ont fait l'épreuve sont tombées dans l'état sauvage et l'abrutissement. Un autre novateur, Saint-Simon, s'est servi de l'esprit d'association, non dans les vues démocratiques d'Owen, mais pour asseoir une hiérarchie idéale de capacités, qui est tombée sous le ridicule. Enfin Charles Fourier a imaginé une théorie sociétaire, dont l'effet serait de réaliser, au sein du phalanstère, une association intégrale qui ferait disparaître la concurrence et les collisions, et unirait les passions, les goûts, les sentiments, les intérêts et les travaux. De pareilles exagérations sont déplorables. L'association est une puissance considérable, sans doute; mais elle n'est pas la seule à laquelle l'homme veuille obéir, et ce serait une témérité de sa part de chercher à abolir les autres mobiles de l'humanité. Or, l'indépendance individuelle, la personnalité libre, l'action isolée de l'individu sont aussi des besoins qui, dans une certaine mesure et dans certaines conditions données, ont droit à être respectés et satisfaits. Les peuples de l'Europe moderne n'ont pas, à l'égal des anciens, cet esprit d'abnégation qui porte à s'abdiquer soi-même devant l'association. Le sentiment de l'indépendance individuelle, de la grande valeur personnelle de l'homme, est entré par le christianisme et par les races germaniques dans les éléments de la civilisation moderne; il y est indélébile, et nous rétrograderions vers des civilisations imparfaites, si l'intérêt communiste ne se concilait pas avec cet élément fécond d'activité. Aussi n'est-il pas besoin de grands efforts pour faire justice de ces théories absurdes ou dangereuses qui s'évertuent à emboîter l'homme tout entier dans l'association. Mais si l'on est incrédule sur la grande vertu de l'esprit sociétaire pour régénérer la civilisation, on a plus de penchant à lui en donner une pour régénérer l'industrie. Sous ce second rapport, on croit plus facilement au miracle, et c'est contre ce préjugé que je veux élever ici quelques brèves objections.

Ce n'est pas d'aujourd'hui que l'esprit d'association est en honneur. Les Romains en ont parlé avec enthousiasme (1); ils l'ont pratiqué avec grandeur; nous le verrons bientôt. Mais c'est sur-

(1) CICÉRON, ULPIEN, PAPINIEN. Enfin, écoutons l'empereur LÉON : « Multa cumulatim bona mortalium vitæ confert « prudenter et cum ratione instituta rerum communio; etenim « qui viribus valet, si cum altero, qui similiter viribus valeat, « communicet et longe præstantiores atque utiliores ejus vires « fuerint. Et divites, si divitias communes faciant, majorem ex « divitiis voluptatem capiant. Denique si paupertas premat, « operarum communio consolatione, qua paupertatis acerbitas « mitigatur, non indigebit. Verùm quum adeò commoda atque « utilis in communi vita, communio *et societas sit*, etc. » (Novelle 102 de l'empereur Léon.)

L'éloge que l'empereur Léon fait de la communauté, n'est pas en contradiction avec ce que disent les lois 26, D. *de servit. prædor. urbanor.*, et 20, D. *de legat.* 2°, car la communauté dont parle cette novelle n'est pas une communauté purement passive, mais la communauté résultant de la société.

tout le moyen âge qui fut une époque prodigieuse d'association; c'est lui qui donna naissance à la communauté conjugale, à ce régime qui convient le mieux aux sentiments d'affection et de confiance sur lesquels repose le mariage! c'est lui qui forma ces nombreuses sociétés de serfs et d'agriculteurs, qui couvrirent et fécondèrent le sol de la France; c'est lui qui multiplia ces congrégations religieuses dont les services ont été si grands par leurs travaux de défrichement et leur établissement au sein des campagnes abandonnées; c'est lui qui ranima l'esprit municipal, reconstitua la commune, les confréries de toute espèce, les corporations littéraires, marchandes, manouvrières, etc., etc. Probablement alors l'on parlait moins qu'aujourd'hui de l'esprit d'association; mais cet esprit agissait avec énergie; il obtenait des résultats proportionnés aux besoins qui l'excitaient naturellement. La civilisation était en travail de formation; les éléments similaires se réunissaient, poussés tantôt par l'intérêt de défense, de conservation, d'organisation, tantôt par les doctrines de charité et de fraternité chrétienne. Maintenant d'autres temps, d'autres mœurs; l'esprit critique qui nous domine a fait grandir l'esprit d'individualité. La raison individuelle, en se posant comme source de la vérité, a exalté l'individu en qui elle réside. De l'analyse philosophique, on est passé à l'analyse sociale : impitoyable méthode qui décompose une nation, et en élève les parties sur le piédestal que la synthèse avait fait à l'ensemble. De plus, la propagation de l'aisance matérielle, de l'industrie et des lumières a secondé cette marche ascendante de l'individu; car elle l'a doté de la force morale que procurent la richesse et les idées. Chacun s'est senti plus en état de se suffire à soi-même et de prendre son point d'appui dans sa propre indépendance. Enfin les principes politiques de liberté individuelle et d'égalité ont agi sur ces tendances par une grande part d'impulsion. On a craint de trouver, dans l'association des intérêts civils, une tyrannie dont l'ordre politique s'était affranchi; on a redouté la soumission à autrui, dans les matières de propriété privée, comme dans les matières qui touchent aux droits politiques les plus jaloux; le gouvernement nécessaire à toute société industrielle a excité les mêmes défiances que le gouvernement de l'État. Pour tout dire d'un mot, notre nation n'est pas passionnée pour la règle. Beaucoup de liberté, un peu de caprice même, lui sont nécessaires pour tempérer à ses yeux l'empire de ses lois. Non-seulement vous ne lui ferez pas subir les essais d'institutions qui rappellent les pratiques monacales du moyen âge; mais vous ne la déterminerez pas à s'organiser systématiquement en sociétés civiles, industrielles, agricoles, pour l'exploitation de la richesse privée. L'esprit d'association n'est pas chez nous assez ardent; il a dans l'esprit d'indépendance individuelle un rival trop séduisant, trop caressé.

Du reste, aux causes générales qui me paraissent balancer dans ce pays l'influence de l'association, je n'ajouterai pas les mécomptes qui, dans ces dernières années, ont accompagné tant d'entreprises annoncées avec fracas, et tombées avec scandale. Ces circonstances sont passagères, et je ne voudrais pas qu'on rendît l'esprit d'association responsable des fautes de quelques charlatans et de quelques dupes. On fera bien sans doute de ne plus croire aux gros dividendes et aux miracles des actions; de se tenir en garde contre l'agiotage qui crée des millions sur le papier, et enfante la banqueroute en réalité. Ce sera la leçon profitable qui sera sortie d'une fièvre de quelques mois, dont nous sommes heureusement guéris. Mais que l'esprit d'association ne soit pas rendu solidaire de ces folies; car le contrat de société est un instrument excellent pour faire prospérer les intérêts civils; il faut qu'il conserve toujours dans le commerce et dans l'industrie la mesure de faveur qu'il mérite; il faut qu'il continue à y être considéré comme un puissant levier pour les spéculations sages et prudentes. Mais, ceci accordé, j'en reviendrai à ma pensée première, et je soutiendrai qu'il existe de justes limites que l'esprit d'association ne doit pas chercher à franchir. Non, l'association n'est pas appelée en France à tout gouverner. L'élan spontané de l'esprit individuel est aussi une force vive de notre nation, et une cause de son originalité; il y a place pour ces deux éléments dans le cercle immense de l'activité française.

Je parlais tout à l'heure des manifestations énergiques de l'esprit d'association dans des temps que nous sommes trop disposés à perdre de vue.

Nous imaginerions-nous, par hasard, que ce soit à compter d'aujourd'hui que l'association a conçu de grandes pensées et réalisé de grandes choses? Quelques écrivains l'ont cru. La puissance de production donnée par l'association des capitaux et de l'industrie, l'importance et l'étendue des opérations exécutées par l'association leur ont paru être des idées et des faits nouveaux. Le droit ancien, type du droit moderne, s'est montré à eux dans des proportions trop étroites, trop dépourvues de principes économiques rationnels, pour suffire à l'entier développement des intérêts de notre époque,

Cé sont là de fâcheuses préoccupations, et l'histoire va bientôt déposer contre de pareils jugements. Les formules des jurisconsultes romains, imitées par Domat, Pothier et autres, et élargies par la coutume commerciale, ont jeté les vrais fondements du contrat de société. Cette profonde algèbre du droit ne couvre pas le vide, ou d'insignifiantes et incomplètes relations. Elle est le fruit d'une longue expérience, d'une savante observation de faits considérables. Si quelquefois le savoir indulgent de ces maîtres se met à la portée de ceux qui ont besoin d'apprendre, en éclaircissant les règles par les exemples les plus palpables de la vie commune, il faut bien se garder de croire qu'il n'y ait pas derrière eux des combinaisons plus variées et plus vastes. Paul parle quelque part de deux professeurs qui s'étaient associés pour enseigner la grammaire. Pothier cite deux voisines qui avaient mis leurs vaches en société. Mais il serait absurde de conclure de là que le droit n'eût pas à sa disposition des faits d'association plus intéressants. Chez ce peuple romain qui avait remué l'univers ; dans ce moyen âge qui créa tout par l'association ; dans cette Europe d'autrefois, qui sut coloniser le nouveau monde, sillonner les mers les plus lointaines de sa marine marchande, trouver l'assurance et le crédit, défricher, dessécher, canaliser ; dans tout ce passé, dis-je, si riche d'entreprises et de découvertes, soyons convaincus que la jurisprudence fut sans cesse alimentée par de grandes applications de l'esprit d'association ; qu'elle en a connu l'importance et le but économiques, et que, par une généralisation savante de faits industriels très-nombreux et très-compliqués, elle est arrivée à asseoir le contrat de société sur ses véritables rapports intérieurs et extérieurs, à calculer avec exactitude la force relative des valeurs que ce contrat met en action, à donner au personnel une organisation sagement étudiée, et qui, se prêtant avec souplesse aux exigences de tous les cas, réunit tour à tour les avantages de l'égalité et ceux de la hiérarchie.

Voyons d'abord comment les Romains employèrent ce puissant instrument de l'association.

Avant tout, nous avons besoin de faire remarquer que le génie de ce peuple, quoique éminemment guerrier, politique et agriculteur, ne resta cependant pas étranger aux entreprises du commerce. Si une loi provoquée par les tribuns, à l'époque des guerres puniques, défendait aux sénateurs les spéculations mercantiles (1), il faut dire qu'elle avait été reçue par ceux-ci comme une atteinte à leur liberté et comme une ruse du parti populaire pour empêcher l'agrandissement des fortunes aristocratiques (2). Cette loi n'est donc pas un indice de l'éloignement des Romains pour les professions lucratives. D'ailleurs, les hommes d'État et les moralistes de Rome ont fait l'éloge du commerce qui, par d'utiles échanges, met la richesse en circulation, répand autour de lui l'abondance, et mérite la considération quand la bonne foi préside à ses actes (3). Les provinces, en effet, étaient couvertes de citoyens romains qui venaient y exercer le négoce, faire fructifier leurs capitaux, et s'enrichir par des spéculations de toute espèce. C'étaient des citoyens romains qui exploitaient presque tout le commerce de la Gaule, de telle sorte qu'il ne se faisait pas une affaire dans ce pays, il ne s'y remuait pas une pièce de monnaie (je copie Cicéron) (4), sans l'intervention d'un citoyen romain. Là se trouvaient en foule des capitalistes, spéculant sur les immeubles (5), sur la ferme des impôts (6), sur le commerce de l'argent (7), sur l'industrie agricole (8), sur toute sorte de trafic (9). En Asie, quatre-vingt mille citoyens romains étaient répandus dans les villes pour y exercer le commerce (10). Mithridate arrosa cette province de leur sang ; mais cette effroyable réaction de l'esprit indigène ne découragea pas les tentatives du commerce romain. Quelques années plus tard, l'Asie comptait dans son sein de nouveaux et nombreux établissements (11), dont le crédit commercial était si intimement uni à celui de Rome, qu'au jugement des hommes politiques prévoyants, une crise commerciale en Asie était de nature à faire suspendre les payements dans la capitale (12) ! J'ajoute que de très-honora-

---

(1) TITE-LIVE, XXI, LXIII.

(2) Idem.

(3) C'est ce que dit CICÉRON, dans son traité *de officiis*, I, 42 : « Mercatura autem, si tenuis est, sordida putanda est ; sin magna « et copiosa, *multa undique apportans, multisque sine vanitate « impartiens*, non est admodùm vituperanda, etc. »

(4) « Cives romani negotiantur in Gallia... Referta Gallia ne« gotiatorum est, plena civium romanorum. Nemo Gallorum « sine cive romano quidquam negotii gerit. Nummus in Galliâ « nullus, sine civium romanorum tabulis, commovetur. » (*Pro Fontejo*, n° 4.)

(5) CICÉR., *pro Quintio*.

(6) *Pro Fontejo*, n°s 4, 19. *Publicanos, pecuarios* M. du Rozoir traduit *pecuarii* par *trafiquant de bestiaux* (éd. Panck., t. IX, p. 387). *Pecuarii* veut dire *fermier des pâturages publics* (Burmann, *de vectigalib*, cap. IX, p. 140, d'après Asconius et Tite-Live).

(7) CICÉR., *pro Fontejo*, n° 4.

(8) Id., n°s 4 et 6.

(9) Id., n°s 4, 6, 14, 19.

(10) VALÈRE MAXIME, lib IX, cap. II, n° 3. « Octoginta millia « civium romanorum, in Asia, per urbes, *negotiandi gratia* dis« persa. »

(11) CICÉR., *pro lege Manilia*, 7. « Deinde cæteris ex ordinibus « homines gnavi et industrii partim ipsi in Asia negotiantur. »

(12) CICÉRON fait ressortir ce point, *loc. cit.*

bles citoyens étaient engagés dans le haut négoce : Atticus, par exemple, que Cicéron appelle *germanus negotiator* (1), Rabirius (2), dont la fortune était immense, et tant d'autres appartenant à l'ordre équestre, et intéressés dans les fermes de l'impôt. Pour les rangs moins élevés, un vaste champ s'offrait au négoce, dans les entreprises de travaux publics, que les censeurs étaient dans l'usage de mettre en adjudication (3) ; dans la propriété et l'exercice des navires marchands (4); dans les transports par terre et par eau ; dans le commerce de détail géré le plus souvent par des esclaves, mais engageant directement les maîtres par l'effet de l'action institoire (5). Le petit commerce dédaigné par l'aristocratie (6) était surtout le domaine des affranchis. C'est là que ces hommes échappés à la servitude se donnaient rendez-vous pour se créer une existence indépendante et aisée. Exempts des préjugés de naissance, ne reculant devant aucune profession pourvu qu'elle procurât du gain, cupides, avares et tenaces (7), tout leur était bon, depuis les entreprises de pompes funèbres (8), et la construction des cénotaphes (9), jusqu'à l'armement des navires, le commerce des vins, des bestiaux (10), des céréales, des parfums, des esclaves (11). Quand ils s'étaient bien arrondis comme des rayons de miel (12), ils achetaient des terres, faisaient construire de belles maisons, prêtaient à usure aux affranchis moins riches qu'eux (13), se faisaient nommer aux charges municipales de leur ville (14), et menaient, dans une oisiveté ridiculement fastueuse, et dans des plaisirs licencieux, une vie égoïste et brutale. Pétrone a répandu les traits de sa verve comique sur cette classe abjecte de parvenus, dans laquelle Rome était cependant réduite à aller se recruter !

Dans ce mouvement des intérêts romains en dehors de l'esprit militaire et politique, on comprend que l'association, cette compagne ordinaire des efforts pacifiques d'un peuple pour la production, dut trouver un aliment presque journalier à son activité.

Et, en effet, il est certain que les Romains avaient coutume de s'associer pour toutes les opérations de leur commerce de terre et de mer ; pour la traite des esclaves (15); pour des achats de terrains à bâtir et des entreprises de construction (16) ; pour un grand nombre de spéculations qui nécessitaient des transactions et des voyages lointains (17), ou des transports maritimes (18). L'oraison de Cicéron pour Quintius parle an long d'une société que le frère de ce dernier avait formée dans la Gaule Narbonnaise avec un certain Nevius, et qui avait fait des bénéfices importants dans les opérations sur les immeubles (19). Il y avait des sociétés pour de petits intérêts. Ici, ce sont deux grammairiens (j'ai déjà rappelé cet exemple), qui s'associent pour mettre en commun les bénéfices de leurs leçons (20). Là, c'est le comédien Roscius, qui contracte une société avec le maître de l'esclave Panurge, pour apprendre à ce dernier l'art scénique (21); ou bien ce sont des affranchis qui, pour sortir de leur état précaire, et arriver par leurs efforts communs à cette situation plus stable dont je parlais tout à l'heure, forment une société universelle de gains (22), genre d'association qui a toujours convenu beaucoup aux travailleurs sans capitaux actuels.

Mais il y a aussi des sociétés pour les spéculations les plus compliquées et les plus étendues. En voici trois exemples saillants :

D'abord, la banque s'exploitait presque toujours par des sociétés (23). Ce négoce, alors comme aujourd'hui, procurait des gains considérables. Non-seulement les banquiers (*argentarii*) faisaient le change (24), mais ils prêtaient à intérêt ; ils rece-

(1) *Ad Attic.* I, 18 (éd. Panck., t. XVIII, p. 110).

(2) CICÉR., *pro Rabirio Posthumo.*

(3) TITE-LIVE, lib. XXIV, cap. XVIII, parle de la mise en adjudication par les magistrats des travaux nécessaires pour réparer les édifices sacrés, « *locationibus ædium sacrarum tuendarum.* »

(4) TITE-LIVE, XXI, LXIII. Voyez le Digeste, *de exercit. act.*

(5) Dig. *de institut. actione.*

(6) CICÉR., *de offic*, I, 42.

(7) « Paratus fuit quadrantem de stercore mordicus tollere. » (PÉTRONE, *Satyric.*, cap. XLIII.)

(8) PÉTRONE, *Satyric.*, XXXVIII : « *Ecce libitinarius fuit.* »

(9) Id., LXV. Il cite Habinnas, devenu *sevir*, et précédemment *lapidarius*, qui *videtur monumenta optime facere.*

(10) L'affranchi Trimalchyon raconte qu'il fit construire des navires : « *Concupivi negotiari... quinque naves ædificavi ; onerari vinum ;* » et « Tunc erat contra aurum ; misi Romam,... « *venalitia coemo jumenta.* Quidquam tangebam, *crescebat tanquam favus.* » (PÉTRONE, cap. LXXVI.)

Voyez aussi ce que dit l'auteur du Tarentin Lycas, propriétaire, capitaine de navire et possédant une maison de commerce (cap. CI).

On peut consulter l'excellente traduction de PÉTRONE par M. BAILLARD de Nancy (classiques Nisard).

(11) C'est encore Trimalchyon qui parle de ses entreprises : « Exoneravi vinum, lardum, fabam, sephasiam, mancipia. » (Cap. LXVI.)

(12) PÉTRONE reproduit deux fois cette comparaison, d'abord au n° 43 et puis au n° 76.

(13) C'est ce que Trimalchyon raconte de lui, ch. LXXVI.

(14) Tel fut Habinnas, qui devint *sevir*, cap. LXV.

(15) Instit. de JUST., *de societate.*

(16) ULPIEN, l. 52, §§ 7 et 12.

(17) ULP., l. 52, §§ 4 et 15; l. 58, § 1 ; l. 69, D. *Pro socio.*

(18) ULP., l. 1, § Su.; et l. 4, § 1, D. *de exercit. act.*

(19) *Pro Quintio.*

(20) PAUL, l. 71, D. *Pro socio.*

(21) CICÉR., *pro Roscio comœdo.*

(22) PAUL, l. 71, § 1, D. *Pro socio.*

(23) ULP., l. 52, § 5, D. *Pro socio ;* PAUL, l. 27, D. *de pactis.*

(24) PÉTRONE, *Satyric.*, LVI.

vaient des dépôts d'argent ; ils intervenaient (1) dans les payements entre débiteurs et créanciers, pour vérifier le poids et la qualité des espèces ; ils étaient chargés de faire les comptes embarrassés, d'opérer des payements par commission (2), etc. Tous ces actes d'un ministère tellement employé dans les habitudes des Romains, que l'on ne pouvait, en quelque sorte, s'en passer dans tous les contrats qui entraînaient numération d'espèces (3), exigeaient fréquemment le secours de la société. Les jurisconsultes parlent des *socii argentarii*, des *argentariæ societates* (4). Ces sociétés de banquiers étaient soumises à la solidarité (5), comme nos sociétés en nom collectif. Elles avaient de grands capitaux à leur disposition et un crédit imposant.

D'autres sociétés dirigeaient leurs spéculations sur les fournitures des armées (6), et là se trouvait encore un élément d'activité commerciale, et une source de richesses.

Un seul trait de l'histoire romaine me suffira pour montrer la puissance de ces sociétés de fournisseurs, l'étendue de leurs ressources, les services que les Romains surent tirer de l'association dans les moments difficiles de la république.

Les deux Scipion, triomphants en Espagne, étaient parvenus à enfoncer l'armée d'Asdrubal et à empêcher son passage en Italie et sa jonction avec Annibal (7). Toutes les villes qui hésitaient encore dans ce pays des Ibères, convoité par Carthage, préparaient leur soumission. Mais au milieu de leurs succès, les deux généraux romains manquaient d'argent, de vivres et de vêtements pour leurs troupes de terre et de mer (8), et dans leurs lettres au sénat, ils annoncèrent qu'il faudrait évacuer la province, si Rome ne envoyait, sinon la solde, qu'on pourrait lever en Espagne, au moins les munitions et les approvisionnements. Ces demandes furent trouvées justes ; mais la république s'était déjà épuisée en longs efforts. D'une part, la Sicile et la Sardaigne, ces greniers de Rome avant la guerre, pouvaient aujourd'hui nourrir à peine leurs garnisons. De l'autre, on ne pouvait compter sur le tribut imposé aux citoyens pour faire face à toutes les dépenses. Car le nombre de ceux qui le payaient était tellement diminué, depuis les désastres de Trasimène et de Cannes, que les fortunes individuelles n'étaient plus en rapport avec la grandeur des besoins. C'était donc au crédit à suppléer aux ressources défaillantes de la république (9). C'est pourquoi le préteur Fulvius convoqua une assemblée générale du peuple, et s'adressant particulièrement à ceux qui s'étaient enrichis dans les marchés avec l'État, il les exhorta à traiter pour toutes les fournitures de l'armée d'Espagne, avec promesse qu'ils seraient remboursés sur les premiers fonds disponibles. Le préteur indiqua ensuite le jour où les soumissions seraient reçues.

Au jour fixé, il se présenta trois sociétés (*tres societates*) qui se chargèrent des approvisionnements nécessaires tant à l'armée de terre qu'à la flotte : sous deux conditions, la première, que les associés seraient exempts du service militaire tant que durerait l'entreprise ; la seconde, que la force majeure provenant de l'ennemi et de la tempête serait aux risques de l'État. Je ferai remarquer que cette clause était assez fréquente dans les marchés de ce genre (10), attendu qu'il n'existait pas chez les Romains de système d'assurance. Quoi qu'il en soit, l'engagement de ces trois compagnies ayant été agréé, les convois ne tardèrent pas à arriver en Espagne, et tous les services furent assurés avec la même exactitude que si le trésor y eût pourvu lui-même (11). *Hi mores, eaque caritas patriæ*, s'écrie Tite-Live. Mais nous le laisserons exalter le patriotisme des traitants. Ce qui nous intéresse ici, c'est la richesse de ces sociétés qui disposent de fonds assez considérables pour alimenter les dépenses d'une armée et d'une flotte ; c'est la promptitude et la sûreté de leurs moyens ; c'est cette industrie des fournitures exploitée en grand par des compagnies ; ce sont les bénéfices que la spéculation en retirait. « Qui *redempturis* » *auxissent patrimonia*, ut reipublicæ, *ex quâ cre-* « *vissent*, ad tempus commodarent (12). »

Mais quelles que fussent ces sociétés et leur crédit, on doit mettre bien au-dessus, pour l'importance et la considération, les sociétés organisées pour la ferme des impôts, et appelées *socie-*

(1) CICÉR., *pro Flacco*, n° 19 (éd. Panck., t. XII, p. 254).
(2) CUJAS, *Observat.*, lib. X, col. 14 ; SAUMAISE, *de usuris*, cap XVII ; HEINECCIUS, *de vitiis negotiationis collybisticæ vel cambialis*, t. II, p. 441.
(3) « Et propterea, *nec*, *sine argentario*, ullus contractus ha- » bebatur, in quomodo pecunia intercederet. » (CUJAS, sur la loi 8, D. *depositi*, lib. IX, *quæst. Papin.*).
(4) ULPIEN et PAUL (lois précitées).
(5) MATHEUS, *de auctionibus*, lib. II, cap. VIII, n° 5.
(6) ULP., liv. LII, § 4, D. *Pro socio*.
(7) TITE-LIVE, lib. XXIII, cap. XXIX.
(8) Id., cap. XLVIII.
(9) « Itaque, nisi fide staret respublica, opibus non staturam. » (TITE-LIVE, lib. XXIII, cap. XLVIII.)
(10) Voy., par exemple, SUÉTONE, *Vie de Claude*, n° 19 : « Ne- « gotiatoribus certa lucra proposuit, susceptis in se damnis, si « cui quid per tempestatem accidisset. »
(11) Autre exemple de ces marchés, TITE-LIVE, lib. XXIV, cap. XVIII, et VALÈRE-MAXIME, V, VI, 8.
(12) TITE-LIVE, lib. XXIII, cap. XLVIII.

tales vectiga'es (1), *societates vectigalium* (2). On sait que les Romains mettaient en ferme les droits de péage et de douane (3), les pâturages appartenant à l'État en Italie et dans les provinces (4); les mines d'or, d'argent, de fer, de plomb, etc., que la conquête leur avait données en Espagne, en Macédoine, dans l'Illyrie, la Thrace, l'Afrique, la Sardaigne, etc., (5); les salines (6). Ce système de mise en valeur ne cessa pas d'être suivi malgré les profonds changements qui affectèrent la forme politique, depuis la république jusqu'aux empereurs chrétiens.

Un autre impôt avait fourni à la république des ressources considérables. C'était la dîme de tous les fruits (grains, huile, vin) (7), dont étaient frappées les terres de plusieurs provinces (8). Ces dîmes s'affermaient aux enchères, en vertu de la loi Sempronia (9). Elles faisaient arriver à Rome le produit le plus net de l'industrie agricole de l'Asie si vantée par l'abondance et la variété de ses produits (10), de la Sicile, ce grenier de Rome (11); de la Sardaigne (12), presque aussi fertile en céréales; de l'Afrique (13), riche en blé et surtout en huile (14); et en dernier lieu de l'Égypte qui, à elle seule, aurait pu nourrir le peuple romain (15). L'Espagne, mieux traitée, ne payait que le vingtième des blés récoltés (16); mais elle était soumise à la dîme pour les huiles et les vins (17).

Le bail de tous ces impôts se faisait à Rome (18), par le ministère des censeurs, moyennant un prix qui était versé au trésor public par les fermiers. Les baux étaient passés pour cinq ans (19); plus tard, et sous Constantin, ils étaient de trois ans seulement (20). L'État était intéressé au plus haut degré à ce que les enchères en élevassent le prix, et les magistrats se faisaient un point d'honneur d'obtenir les adjudications les plus avantageuses (21).

Les fermiers de ces divers revenus s'appelaient publicains (*publicani*) (22). Ce nom n'avait à Rome rien de déshonorant (23); car les publicains appartenaient presque toujours à l'ordre puissant des chevaliers (24), et l'on en voyait qui parvenaient au gouvernement des provinces (25) et aux charges les plus élevées de l'État. Mais dans les pays soumis à leur exercice, ils étaient odieux aux populations (26). La haine des Juifs pour les publicains est attestée par l'Évangile (27). Les autres provinces rivalisaient à cet égard avec la Judée.

La ferme de l'impôt était une très-grande entreprise : de Rome, où elle avait son siége, elle étendait ses vastes opérations aux pays les plus éloignés, en Asie, en Afrique, en Espagne, dans les Gaules, etc. (28). De plus, il arrivait souvent que l'on adjugeait en bloc tous les impôts d'une même province (29); et un seul chevalier, quelque riche qu'il fût, ne l'eût pas été assez pour

---

(1) ULP., l. 3, D. *Pro socio.*

(2) TACITE, *Annal.*, lib. XIII, cap. L; CAIUS, l. 1, D. *quod cujus univers.*; PAUL., l. 65, § 15, D. *Pro socio*, ULPIEN, l. 63, § 8, D. *Pro socio*; PAUL., l. 9, § 4, D. *de public.*, et l. 3, C. *Pro socio*; BURMANN, *de vectigalibus*, cap. IX; SIGONIUS, *de antiq. jure civ. rom.*, lib. II, cap. IV.

(3) CICÉR., II *in Verrem*, 70. On les appelait *portoria*. Voy. BURMANN, *de vectigalibus*, cap. V.

(4) TITE-LIVE, XXXIII, cap. XLII, et XXXV, cap. X; PLINE, XIX, cap. III; CICÉR., II *in Verrem*, 70; BURMANN, *de vectigalibus*, cap. IV.

Les pasteurs payaient aux fermiers, pour chaque tête de bétail, un droit appelé *scriptura*, parce que les propriétaires devaient faire inscrire sur les registres de la ferme, les bestiaux qu'ils voulaient introduire dans les pâturages. Aucune bête ne pouvait être introduite dans les pâturages domaniaux sans être inscrite, sans quoi elle tombait en commise (PLAUTE, *Trucul.*, 1, 2, 42). L'Asie renfermait de riches pâturages du domaine (CICÉRON, *Pro lege Manilid*, cap VI).

(5) BURMANN, cap. VI; TITE-LIVE, lib. XLV, cap. XIX.

(6) BURMANN, cap. VI; l. 2, C. *de vectigalibus*; CICÉR., *in lege Manil.*, 6.

Il y en avait en Asie qui occupaient un grand nombre de bras (CICÉR., *loc. cit.*, et PLINE, XXX, 7).

(7) CICÉR., III *in Verrem*, 6.

(8) L'Asie, par exemple, la Sicile, etc.; CICÉR., III *in Verrem*, 6.

(9) CICÉR., *loc. cit.*

(10) CICÉR., *pro lege Manilid*, 6, 7.

(11) CICÉR., III *in Verrem*, 6 et suiv.

(12) TITE-LIVE, XLI, cap. 1.

(13) GRUTER, *Inscript.*, p. 512; CICÉR., *pro Balbo*; TACITE, XII Ann., c. XLIII.

(14) L. 3, C. Théod. *de canon. frumenti*; BURMANN, cap. III, p. 30, 31.

(15) BURMANN, cap. II, p. 18.

(16) TITE-LIVE, XLIII, cap. II.

(17) CICÉR., III *in Verrem*, 7.

(18) CICÉR., 1 Agrar. *contra Rull.* 3, et 2 Agrar. 21; BURMANN, cap. VIII.

(19) L. 3, § 6, D. *de jure fisci.*

(20) L. 4, C. *de vectigalib.*

(21) CICÉR., III *in Verrem*, en divers endroits.

(22) Quia *publico fruuntur* (l. 1, § 1. D. *de public.*).

Publicum signifie tout ce dont l'État retirait des revenus, ou un émolument; et quelquefois il signifie *vectigal*.

(23) PLINE, *Hist. nat.*, lib. XXXIII, 8, fait des publicains le troisième corps de l'État. CICÉR., *pro lege Manilid*, 7.

(24) CICÉR., *pro Planc.* 9, 12, 13; *in Verrem*, II, 71; I, 51; *junge ad Attic.*, II, 1; SUÉTONE, *in August.*, 24.

TACITE dit que sous Tibère les impôts s'affermaient aux chevaliers (IV Ann., c. VI).

(25) Par exemple Aufidius qui, après avoir été intéressé dans la ferme du revenu d'Asie, en devint gouverneur (VAL. MAX., lib. VI, cap. IX, n° 7).

(26) CICÉRON cite la Sicile comme une province où, par exception, les habitants ne détestaient pas les publicains et les négociants de Rome. « Sic porrò nostros homines diligunt, ut, *his* « *solis*, neque publicanus, neque negotiator in odio sit. » (II *in Verrem*, n° 3.) Cicéron parle de leur avidité et de la haine des Grecs pour eux (*ad Quint. fratrem*, lib 1, epist. 1).

(27) Voy. là-dessus TERTULIEN, *de pudicitid*, cap. IX; il s'occupe des publicains mentionnés dans l'Évangile.

(28) CICÉR., III *in Verrem*, 11.

(29) La même compagnie avait affermé en Sicile les douanes et les pâturages (CICÉR., II *in Verrem*, 70).

se charger d'une si lourde administration. C'est pourquoi les chevaliers étaient dans l'usage de former des sociétés, afin de suppléer, par la puissance de l'association, à l'insuffisance d'une action isolée. Ces sociétés sont très-célèbres dans la littérature latine et dans les écrits des jurisconsultes (1); elles étaient composées des plus riches capitalistes de la république; elles comptaient dans leur sein des hommes qui, comme Rabirius, prêtaient aux rois et aux nations des sommes énormes (2); elles engageaient, dans les affaires des provinces, le patrimoine de familles opulentes, dont le crédit, lié au crédit de l'État, rendait Rome solidaire des intérêts provinciaux (3). Les plus importantes étaient celles qui affermaient les dîmes (4). Leurs rapports directs avec les agriculteurs, rapports si irritants, si féconds en mécontentements, les faisaient en quelque sorte participer au côté le plus délicat de l'administration (5). Toutes, au surplus, avaient beaucoup d'autorité et de richesse. Les monuments contemporains signalent la compagnie de Bithynie (6), l'une des plus respectables par le caractère de ceux qui la composaient; la compagnie de Sicile pour les douanes et les pâturages (7), dont les complaisances pour Verrès donnent lieu à plus d'un soupçon; la compagnie de Cilicie, qui prêta plus d'une fois ses messagers à Atticus pour porter à Cicéron, fatigué des ennuis de son gouvernement, les nouvelles de Rome et les consolations de son ami (8); la compagnie d'Asie, protégée par César, et dont les affaires excitèrent dans le sénat de violents orages (9); celle d'Espagne, qui avait dans son bail la célèbre mine de Sisapo, précieuse par son minium (cinabre minéral), et dont l'exploitation lui procurait de très-gros profits (10). Elle faisait aussi un commerce fort lucratif du *garum* (11), de cette essence de poisson vantée par Martial (12) et si recherchée dans la cuisine des Romains (13)! Enfin les sociétés pour les baux des salines ne doivent pas être oubliées (14) : elles occupaient de nombreuses familles d'esclaves (15) appartenant aux publicains.

Dans l'organisation de ces sociétés, chacun avait son rôle. Les uns se rendaient adjudicataires (16); ils étaient directement obligés avec la république, et répondaient auprès d'elle de tous les engagements du bail (17); d'autres intervenaient comme cautions, on les nommait *prædes* (18); d'autres enfin entraient dans l'opération comme associés participants. Tel fut Atticus qui, quoiqu'il évitât toujours de traiter en nom avec la république (19), avait cependant des parts d'intérêt dans les fermes. Créancier des habitants de Sicyone, par suite d'une liquidation, il éprouva, pour le recouvrement de ce qui lui était dû, plus d'un obstacle et plus d'un désagrément (20).

A chaque associé était attribué dans l'affaire un intérêt proportionné à sa mise ou à son industrie (21).

---

(1) On ne saurait croire cependant combien les hommes de lettres ont commis d'erreurs sur ce sujet : BURMANN en a relevé beaucoup dans son traité *de vectigalibus*. En voici de plus récentes : TACITE dit que sous Tibère on continuait à affermer aux sociétés de chevaliers (*societatibus equitum romanorum*) le revenu public. M. E. Panckoucke (*Annal.*, liv. IV, chap. VI) transforme les sociétés en *commissions de chevaliers!*

VALÈRE-MAXIME raconte que Rupilius, qui devint consul, avait commencé par être commis des publicains en Sicile, et qu'afin de pouvoir vivre, il avait été forcé de se mettre aux gages de la compagnie. « Auctoratis *sociis* officiis. » (Lib. VI, c. IX, nº 8.) M. Frochot traduit : « Il s'était mis aux gages *des alliés !* »

Un point plus douteux, c'est de savoir le sens d'un passage de PLINE, dans lequel cet auteur parle du *garum*, espèce d'essence faite avec du poisson, et fort recherchée dans la cuisine des Romains (lib. XXXI, nº 43). Pline dit que le meilleur se faisait en Espagne et s'appelait *garum sociorum*. M. Ajasson de Grandsagne traduit : *garum des alliés*. De toutes les versions, c'est la plus mauvaise. Il y en a deux qui sont plus vraisemblables, l'une qui veut que cette essence tire son nom d'une compagnie de marchands qui en faisait le commerce; à peu près comme nous disons : *thé de la compagnie des Indes*; l'autre qui aime mieux que les entrepreneurs de ce négoce fussent les publicains d'Espagne, qui en tiraient à Rome un parti très-avantageux (BURMANN, *de vectigalibus*, cap. IX, p. 127, 128).

(2) CICÉR., *pro Rabirio Posthumo*, cap. II.

(3) Id., *pro lege Manilid*, cap. VI et VII.

(4) Id., II *in Verrem*, 71.

(5) Sur ces rapports, BURMANN, cap. IX, p. 139.

(6) CICÉR., *ad familiares*, XIII, epist. 9, ad Crassipedem.

(7) Id., II *in Verrem*, 70.

(8) « Tu autem sæpè dare tabellariis publicanorum poteris, « per magistros scripturæ et portus nostrorum diocesium. » (*Ad Attic.*, V, 15.)

C'est-à-dire : « Vous pourrez faire remettre vos lettres aux « messagers des publicains, par les magisters des sociétés de « mon gouvernement. » Les traductions de l'abbé Mongault et de M. de Golbery ne rendent pas exactement ce texte.

(9) Voy. plus bas.

(10) PLINE, lib. XXXIII, 7 (40). *unde prædæ societati !*

(11) Id., XXXI, 43.

(12) XIII, 102.

(13) AUSONE, epist. 21; BURMANN, *de vectigalibus*, cap. IX. Voy. ci-dessus, note 1.

(14) CELSUS, l. 59, § 1, D. *de hæred. inst.*; DIOCL. et MAXIM., l. 3, C. *Pro socio.*

(15) CICÉR., *pro lege Manilid*, 6; CUJAS, 7, *observ.* 4.

(16) L'adjudicataire s'appelait *manceps* (FESTUS, l. 2, C. *de vectigalib.*); l. 1, C. Theod. *de mancip. therm.*

(17) ASCONIUS (*in divinat.*, cap. X) dit : « Hi omnes exigenda « à sociis, *suo periculo exigunt*, et reipublicæ repræsentant. » *Junge* BURMANN, cap. IX, p. 134.

(18) FESTUS.

(19) CORNELIUS NEPOS, cap. VI.

(20) CICÉR., *ad Attic.*, lib. I, epist. 19, 20; lib. II, epist. 1.

(21) Aufidius, cité par Valère-Maxime, en avait une petite (lib. VI, cap. IX, nº 7). Rabirius Posthumus, l'un des plus riches publicains du temps de Cicéron, en avait de très-grandes (CICÉR., *pro Rabirio Posthumo*, cap. II). « *Magnas partes habuit publicorum.* » M. du Rozoir traduit : « Il prit à ferme d'importantes branches du revenu public. » Ce n'est pas le sens. Cicéron veut dire que Rabirius eut de grosses parts d'associé dans les fermes.

Quelquefois l'administration se divisait entre les associés (1), et chacun avait son département.

Mais le plus souvent la société se donnait un ou plusieurs maîtres, *magistri* (2). La compagnie de Bithynie dont je parlais tout à l'heure, avait pour *magister* P. Rupilius Menas, l'un des intimes amis de Cicéron. Celle de Sicile, qui prêta à Verrès le secours de son crédit, paraît en avoir eu trois, Vettius, Servilius et Antistius (3). Les *magistri* de toutes ces sociétés pour les dîmes, les pâturages et les douanes, les salines, les mines, avaient leur siége à Rome (4). C'est là qu'ils imprimaient la direction aux affaires sociales. On conjecture qu'ils étaient quelquefois renouvelés tous les ans (5). Chefs de l'association, représentants du corps moral juridique (6), ils avaient le droit si grave de lier par les contrats et les actes qu'ils passaient avec les tiers (7); ils présidaient à toute l'administration intérieure et extérieure, et à la correspondance avec les employés des provinces (8); ils étaient dépositaires des livres, registres, comptes (9). Ils convoquaient les associés, pour délibérer sur les affaires importantes, et prendre les mesures exigées par les circonstances (10). Cicéron compare ces assemblées à une sorte de sénat (11). Enfin les *magistri* se donnaient dans leurs provinces des sous-gérants appelés *promagistri* (12). La compagnie pour les douanes et pâturages d'Asie avait pour *promagister* P. Terentius, autre ami de Cicéron et l'un de ses chauds défenseurs (13).

Le *promagister* résidait dans la province sur laquelle s'étendait le bail. C'était aussi un personnage important. Les villes, qui craignaient ces redoutables spéculateurs, cherchaient à les ménager. Elles les recevaient avec honneur, quand ils venaient dans leur sein (14). Les *promagistri*, par leur naissance et par leurs fonctions, avaient des rapports assidus avec les gouverneurs des provinces (15); ils en étaient traités avec considération; car ces hauts fonctionnaires n'aimaient pas à se brouiller avec des hommes appartenant à cet ordre équestre qui pouvait être appelé à les juger à la sortie de leur charge (16). Quelquefois les *promagistri*, surveillants incommodes, dénonçaient les exactions des gouverneurs (17). P. Rutilius fut banni par une intrigue de la compagnie d'Asie (18). Quelquefois aussi, les *promagistri* connivaient avec les gouverneurs, et ce concert procurait de grands bénéfices à leur société (19). Verrès, dont l'audace n'eut pas de frein, avait organisé un système d'exploitation tellement cynique qu'il mérite d'être remarqué. Il avait accaparé la ferme de toutes les villes de la Sicile, par le moyen de prête-noms avec lesquels il s'était frauduleusement associé; rien n'égale les extorsions obtenues sur la malheureuse Sicile par cette coupable association (20).

Dans une administration aussi vaste que celle de ces sociétés de publicains, un nombreux personnel était sans cesse en activité. Ceux-ci étaient associés, ceux-là ne l'étaient pas; les uns étaient libres, les autres étaient esclaves (21). Les traités avec les villes (22) et les laboureurs, pour fixer d'avance la quotité de l'impôt (23) par des contrats qui prévinssent les difficultés, les opérations matérielles du recouvrement (24), la tenue des livres et des écritures (25), la correspondance de Rome avec les provinces, et des provinces avec Rome, le transport des dépêches par des messagers appar-

---

(1) PAUL., l. 9, § 4, D. *de public.*, dit : « Socii vectigalium, si « separatim partes administrent. » JANUS A COSTA, sur les Institutes, *de societate*, § 5; CUJAS, *Observ.*, lib. X, cap. V.

(2) On n'était pas *magister* par cela seul qu'on était adjudicataire. CICÉRON fait la distinction en parlant du père de Plancius; « *Maximorum societatum* AUCTOR (adjudicataire), *plurimarum* MAGISTER. » (*Pro Plancio*, cap. XIII.) M. Gueroult (éd. Panck., t. XV, p. 195) traduit AUCTOR par *fondateur*. On ne retrouve pas là son exactitude ordinaire. *Auctor* a ici un sens différent.

(3) CICÉR., III *in Verrem*, 71.

(4) Id., II *in Verrem*, 74; III *in Verrem*, 71.

(5) BURMANN, cap. IX, p. 134, d'après un passage des Verrines, II, 75.

(6) CAIUS, l. 1, D. *quod cujusc. univ.*, dit que ces sociétés étaient un corps.

(7) « Magistri societatum pactum et prodesse et obesse constat. » (L. 14, D. *de pactis*.)

(8) CICÉR., III *in Verrem*, 71.

(9) Id., ib.

(10) Id., II *in Verrem*, 71.

(11) Id.— SIGONIUS a résumé les attributions du magister et a caractérisé les assemblées des associés de la manière suivante : « Ex his autem sociis unus fuit, qui magister societatis dictus « est, qui, Romæ, societati ità præerat ut et socios, *quasi sena-* « *tum*, cogendi; et, ad eos, de societatis negotiis referendi po- « testatem haberet, earumque omnem gereret tabularum et « rationum, quæ undique ab iis, qui publicanorum societati « operas dabant, Romam mitterentur. » (*De antiquo jure civ. Rom.*, lib. II, cap. IV.)

(12) CICÉR., *ad Attic.*, XI, epist. 10; *ad familiares*, XIII, 65.

(13) Id., *ad Attic.*, XI, 10.

(14) Id., III *in Verrem*, 32.

(15) Voyez les liaisons de Verrès avec le *promagister* Carpinatius, III, 70.

(16) CICÉR., III *in Verrem*, 41.

(17) Id., II *in Verrem*, 70; *de provinciis consularib.*, 5.

(18) VALÈRE-MAXIME, II, X, 5.

(19) CICÉR., II *in Verrem*, 70; III *in Verrem*, 57.

(20) Id., III *in Verrem*, 57, 58, 61, 87.

(21) « Servus societatis qui tabulas confecerit. » (CICÉR., II *in Verrem*, 77.)

(22) CICÉR., XIII *ad familiares*, 65.

(23) Id., *ad Quint. fratrem*, I, epist. 1; *ad Atticum*, lib. V, epist. 14, 15, et lib. VI, epist. 1.

(24) Les publicains disposaient de moyens de contrainte (CIC., *de provinc. consul.*, 5).

(25) « Ea ratio decumarum sine plurimis libris confici non potest. » (CICÉR., III *in Verrem*, 47.)

tenant à la société (1), tout cela mettait en mouvement un nombre infini d'employés (2), de scribes, commis, appariteurs (3), courriers, etc., etc., et formait une forte et imposante hiérarchie.

Pour rendre plus solide la constitution de ces sociétés, la jurisprudence décidait qu'elles n'étaient pas dissoutes par la mort de l'un des associés (4); on a même lieu de croire que la solidarité entre associés y était admise. Toutefois, ce point est contesté par quelques interprètes, et particulièrement par Mathæus dans son traité *de auctionibus* (5). Enfin, ces sociétés avaient un tel relief qu'on les mettait au rang des corps publics, des colléges autorisés par l'État (6). Voilà pourquoi les docteurs les ont appelées *societates collegiatæ* (7).

Les sociétés de publicains jouissaient d'un crédit politique égal à leur crédit financier. Du temps de Cicéron, c'est-à-dire à cette époque où l'ordre équestre avait acquis tant d'influence et d'autorité (8), on ne pouvait prétendre à jouer un rôle dans l'État qu'avec le concours des publicains (9); ils étaient un appui nécessaire dans les élections (10) et surtout dans les jugements, où ils figuraient partie comme juges (11), partie comme patrons et solliciteurs. Voyez, par exemple, combien Cicéron est attentif à tirer parti de l'assistance de la société des publicains, pour Plancius, son client, accusé de brigue (12)! voyez combien il se glorifie lui-même des démarches que ces sociétés avaient faites pour son propre salut, dans le temps de ses malheurs (13)! Voyez comme toujours il les ménage et les caresse : « Ne faites rien écrit-il à « Lentulus, qui puisse blesser les intérêts ou la « volonté de cet ordre ; sachez vous le concilier « et vous le rendre favorable (14). » — « Je suis « au mieux avec les fermiers de la république, « dit-il dans une lettre à Atticus. *Publicanis in* « *oculis sumus* (15). » Et à Silius, propréteur : « J'ai les plus grandes liaisons avec la société des « publicains ; non-seulement elle est sous ma pro- « tection, mais la plupart des associés sont mes plus « intimes amis (16). » Aussi, dans une circonstance où la compagnie d'Asie demandait d'être déchargée d'un bail onéreux, Cicéron aurait-il voulu que la république fît un sacrifice plutôt que de s'aliéner un ordre dont l'union avec le sénat lui paraissait indispensable pour balancer la prépondérance de l'élément démocratique (17). C'était aussi l'avis de César, non par adhésion à cette politique de pondération qui fut si fatale au grand orateur, mais par haine pour le sénat, mais par faveur pour l'ordre équestre envié par l'ordre sénatorial, mais par le calcul intéressé d'un chef de parti. Réciproquement, le sénat était mal disposé pour la demande de la compagnie, et l'un des principaux chefs du parti aristocratique, l'inflexible Caton, n'était pas homme à se prêter à des ménagements. Le contrat passé par la compagnie était formel : il constituait un engagement sur lequel les lois de l'État ne permettaient pas de réduction (18). Caton fit valoir avec véhémence ce qu'il avait de sacré ; il défendit les droits du trésor qu'on voulait frustrer. Il l'emporta, après une longue discussion, devant le sénat, entraîné vers la rigueur du droit par ses préventions naturelles contre les chevaliers (19). Mais César était consul, et César était déjà au-dessus des lois. Il osa faire arrêter Caton en pleine assemblée par les licteurs (20), et il accorda à la compagnie d'Asie la remise du tiers de son fermage (21).

Telles furent ces sociétés de publicains, dont on se disputait l'amitié par des coups d'État. Il est difficile de trouver ailleurs un esprit d'association plus vital et plus largement organisé; c'est par elles que les chevaliers furent, non pas seulement

---

(1) CICÉR., *ad Attic.*, lib. V, epist. 15, 18, 21; BURMANN, cap. IX, p. 136. On les appelait *tabellarii.*

(2) VALÈRE-MAXIME, lib. VI, cap. IX, n° 8; CICÉR., *ad famil.*, VIII, 9; *in Verrem*, III, 41, et II, 70.

(3) CICÉR., *in Verrem*, III. 25, 26.

(4) POMPONIUS, l. 59, D. *Pro socio.*

(5) Lib. II, cap. VI, n° 4, et cap. VIII, n° 5. Il cherche à réfuter l'argument qu'on tire de la loi 9, § *socii*, D. *de public*, et de l'usage immémorial des nations modernes. Il argumente des lois 8, D. *de publicanis*, et 48, § ult., D. *de jure fisci.*

(6) CAIUS, l. 1, D. *Quod cujus. universit.*

(7) BALDE, sur la loi 1, C. *Pro socio.*

(8) PLINE, *Hist. nat.*, XXXIII, 11, 8, dit que ce fut surtout Cicéron qui consolida la grandeur de cet ordre, ébauchée par les Gracques, lorsque ceux-ci, par une révolution démocratique, enlevèrent les jugements au sénat, et les firent passer aux chevaliers.

CICÉRON a fait, du reste, en cent endroits de ses ouvrages, l'éloge des publicains et des chevaliers (*pro lege Manilia*, n° 7; *ad Quint. fratrem*, lib. I, epist. 1; *pro Plancio*, n° 9, etc., etc.).

(9) « Qui ordo (publicanorum) *quanto adjumento sit in honore,* « quis nescit? *Flos enim equitum romanorum*, ornamentum « civitatis, firmamentum reipublicæ publicanorum ordine con- « tinentur. » (CICÉR., *Pro Plancio*, n° 9.)

(10) CICÉR., *pro Murena*, cap. XXXIII; *pro Plancio*, n° 9.

(11) Id., *pro Murena*, cap. XXXIII.

(12) *Pro Plancio*, n° 9 et 12. Le père de Plancius avait été adjudicataire des fermes et maître de plusieurs sociétés (n° 9 et 13). Ses anciens amis déployèrent beaucoup de zèle pour la cause de son fils *Studio sociorum.* (n° 12).

(13) *Pro Sextio*, 14. « Nulla Romæ *societas vectigalium*, quæ non « honorificentissime decrevisset de meo salute. »

(14) *Ad familiares*, lib. I, epist. 9.

(15) Lib. VI, epist. 2.

(16) *Ad familiares*, lib. XIII, epist. 65.

(17) *Ad Atticum*, lib. I, epist. 17, et lib. II, epist. 1.

(18) CICÉR., III *in Verrem*, 25.

(19) Id., *ad Attic.*, II, 1; VALÈRE-MAXIME, II, X, 7.

(20) VALÈRE-MAXIME, *loc. cit.*

(21) SUÉTONE, *Jules César*, n° 20.

un ordre politique, mais encore une vaste compagnie de finances, qui retenait dans son sein jaloux le maniement de l'impôt, était dépositaire exclusive du crédit de l'État, et servait de canal au principal élément de la richesse publique (1).

Sous les empereurs, ces sociétés perdirent leur plus beau fleuron (2). Les changements survenus dans le système des impôts leur enlevèrent la ferme de la dîme (3).

D'une part, les dîmes se convertirent peu à peu en une redevance fixe en argent; de l'autre, la perception de l'impôt fut confiée à des magistrats du choix de l'empereur, et à une administration spéciale (4). L'ordre équestre cessa dès lors d'être une puissance redoutable pour le chef de l'État, et du temps de Pline, il n'était plus qu'un rendez-vous de vils esclaves affranchis de la veille (5). C'est ainsi que le niveau impérial faisait disparaître toutes les influences au profit de l'unité de pouvoir. Toutefois, les sociétés de publicains conservèrent jusqu'au dernier moment la ferme des douanes (6), des mines et des salines (7).

J'en ai dit assez pour montrer les applications du contrat de société dans la civilisation romaine.

Je passe au moyen âge français et ensuite aux temps modernes.

Dès le moment où l'histoire parvient à jeter quelque lumière sur les profondeurs de cette civilisation féodale où les classes inférieures vivaient dans le servage de la glèbe, on aperçoit les familles agricoles de mainmorte organisées en sociétés tacites héréditaires. L'association de tous les membres de la famille sous un même toit, sur un même domaine, dans le but de mettre en commun leur travail et leurs profits, est le fait général, caractéristique, qu'on trouve depuis le midi de la France jusqu'aux extrémités opposées. C'est dans la vie commune, c'est dans l'union de leurs bras et de leur économie que les agriculteurs appartenant à la même famille vont puiser les premiers éléments d'une existence civile indépendante. Tous, vieux ou enfants, hommes ou femmes, mariés ou célibataires, restent de père en fils dans ces sociétés patriarcales, et ont part au pain, au sel (8) et à la caisse commune : ceux-ci pour les services qu'ils ont rendus; ceux-là pour les services qu'ils rendront un jour; les autres pour les services qu'ils rendent actuellement à la communauté. Le pain est l'emblème de ces sociétés rustiques (9); voilà pourquoi les membres en sont appelés *compani*, c'est-à-dire *mangeant leur pain ensemblement*, ainsi que l'enseigne Pasquier (10); et leur réunion porte souvent le nom de *compagnie* dans les textes des coutumes (11). Aussi, quand ils conçoivent le triste dessein de se séparer, le plus vieux d'entre eux, conformément à la formule de dissolution consacrée, prend un couteau et partage le grand pain en divers chanteaux (12).

Le régime de ces associations était énergique; elles formaient un corps moral comme les puissantes sociétés de publicains que je dépeignais il n'y a qu'un instant; le temps, la mort ne les dissolvaient pas. Elles se continuaient de génération en génération, sous la protection du seigneur intéressé à leur conservation. Elles avaient aussi, comme les sociétés de publicains, un chef élu, un maître : le chef du chanteau. Ce chef obligeait tous les membres de l'association par ses actes d'administration, d'achat, de vente de bestiaux, d'emprunts nécessaires, d'acceptation ou passation de baux, et autres de même nature. C'était une sorte de monarchie tempérée; car, dans les cas importants, le maître ne manquait jamais de prendre l'avis de ses associés (13). Il contractait, sous une véritable raison sociale : *un tel et ses comparsonniers* ou *personniers* (14).

Ces sociétés étaient universelles de gains. Chacun conférait son revenu, son travail, son industrie; et tous les profits du labeur commun formaient une masse appartenant à l'association (15). Mais les associés ne confondaient pas la propriété des biens qui leur arrivaient à titre lucratif (16), et chacun était tenu de supporter sur sa part indivise certaines charges propres et personnelles, comme de doter les filles (17).

(1) CICER., *Pro lege Manilia*, 7.

(2) Elles l'avaient cependant encore sous Tibère (TACITE, IV, *Annal.* 6); mais les textes ne sont pas aussi clairs pour le règne de Néron (TACITE, XIII, *Annal.* 60).

(3) BURMANN, cap. IX.

(4) Idem.

(5) Lib. XXXIII, 2, (8).

(6) CONSTANTINUS, l. 2, C. Theod. *de veteranis*; GODEFROY, en commentant cette loi, dit : « 7° A *publicanis* veteranos inquietari Constantinus M. vetat, id est *portorium* ab seis « exigi, etc. » ARCADIUS et HONOR., lib. III, C. Theod. *de indulgentia debitorum.*

(7) Lib. XI, C. *de vectig.*; lib. III, C. Justin. *Pro socio.*

(8) JOINVILLE, p. 65; LOYSEL, liv. I, tit. I, n° 76.

(9) BASMAISON, sur Auvergne, t. XXVII.

(10) *Rech.*, liv. VIII, chap. XXIV, tome I, page 804; *infrà*, n° 196.

(11) Poitou; et *infrà*, n° 196; acte de notoriété des bourgeois de Paris (CHOPIN, *de morib. Parisior.*, lib. II, cap. I, n° 31).

(12) *Infrà*, *loc. cit.*

(13) COQUILLE, sur Nivernais, ch. XXVIII, art. 3.

(14) LEBRUN, *Sociétés tacites*, ch. IV, n° 4.

(15) DUNOD, *Traité de la Mainmorte*, ch. III, sect. I, page 77 LEBRUN, *loc. cit.*, ch. III.

(16) DUNOD, *loc. cit.*; LEBRUN, ch. IV, n° 16.

(17) Idem.

Quelle peut être l'origine de ces associations, qui, je le répète, couvraient le sol de la France féodale, et procuraient aux gens de mainmorte cette sorte de force que donne l'esprit de famille, cette sorte d'allégement et de bien-être qui est la conséquence du travail commun?

J'en trouve deux causes, l'une civile, l'autre politique et économique; celle-là dans l'intérêt des agriculteurs, celle-ci dans l'intérêt des seigneurs.

Au berceau de la féodalité, la grande masse de la population était esclave (1); alluvion immense, formée de toutes les classes déchues, où se trouvent, sous des couches violemment superposées, le Franc et le Gallo-Romain, le vainqueur et le vaincu, l'homme libre tombé en pauvreté (2), et le serf d'origine. Ce n'était pas cependant l'esclavage de l'antiquité et son inexorable logique, qui traitait l'homme comme une chose dans le commerce, comme un vil animal. Une transformation s'était opérée (3); l'esclave était devenu serf, et le droit féodal, humanisé par le christianisme, lui accordait le mariage, la paternité légitime, la famille, et certaines attributions du droit de propriété (4). Mais quand arrivait la mort du serf, le droit féodal lui appliquait à la lettre cette triste maxime: *Mors omnia solvit*. Il ne lui reconnaissait pas le droit de transmettre sa succession dans un moment où tout était fini pour lui. Le seigneur, source de toute propriété, reprenait, par une sorte de droit de réversion (5), la chose de son serf, et tout ce que cet infortuné avait retiré de la *manufacture de ses bras* et *mains* (6). Le serf n'avait aucune capacité active ni passive pour tester et pour succéder. Je sais que plus tard des adoucissements furent apportés à cette incapacité. La sévérité féodale se laissa fléchir : elle créa des distinctions entre les serfs (7); à côté des serfs inhabiles à tester et à succéder, l'équité coutumière, qui, sous l'influence des légistes, porta de si rudes atteintes à la règle *nulle terre sans seigneur*, et fit faire de si grands progrès à la liberté, obtint le droit de tester et de succéder pour certains serfs (8). Mais quand ces concessions furent ratifiées, le droit féodal avait singulièrement perdu de sa primitive énergie; l'affranchissement tendait de plus en plus à devenir la condition commune; au lieu que, lorsque le principe féodal régnait dans toute sa puissance, le servage était la loi de la population agricole, et l'incapacité de tester et de succéder atteignait les serfs d'une manière à peu près générale (9); ce n'était pas pour eux qu'avaient été reçues dans les fiefs ces deux grandes facultés, la succession et la faction du testament, que l'esprit aristocratique considérait, non comme des dépendances du droit naturel, mais comme des priviléges du droit civil.

Une seule chose pouvait venir au secours des serfs : c'était l'association. Quand la famille était unie par la vie et le travail commun, par la communication de tous les revenus, gains et acquêts, elle se présentait avec les caractères d'un corps moral, survivant à la mort des individus, et possédant son patrimoine, abstraction faite de ses membres. La jouissance était censée solidaire entre tous, de telle sorte que la part du défunt venait se joindre à celle des survivants par une sorte d'accroissement (10). Dans ce cas donc, le seigneur n'avait rien à prétendre sur la masse commune, qui continuait à former entre les mains des survivants un patrimoine indivis, et peu lui importait dès lors que le défunt eût disposé de sa part au profit d'un de ses communistes, pourvu que le même régime d'association continuât à faire subsister l'union des parties. De là ce grand principe du droit coutumier, « *serfs* « *ou mainmortables* ne peuvent tester, et ne suc- « cèdent les uns aux autres, sinon tant qu'ils sont « demeurants en commun (11). » L'association

(1) Mon *Comm. du Louage*, préface.

(2) Beaumanoir, p. 251.

(3) Grotius, *de jure pacis et belli*, lib. II, cap. V, n° 30; Hervé, *Mat. féod.*, t. 1, p. 159.

(4) Coquille, *Inst. au droit français*, titre *Des servitudes personnelles*.

(5) Voy. mon article sur *l'origine du droit d'enregistrement*, p. 11, et *Revue de législat.*, t. X, p. 147 et 277.

(6) Expression de Pasquier, *Rech.*, liv. IV, ch. V.

(7) Pasquier les a analysées, *Rech.*, liv. IV, ch. V, en prenant trop exclusivement son point de vue dans la coutume de Troyes.

(8) Pasquier, *loc. cit.*; Brussel, liv. III, chap. XV, t. II, p. 904; cout. de Champagne, art. 3, 4, 5, 6.

Il y avait : 1° les serfs taillables; 2° les serfs de formariage (ils pouvaient tester en profit de gens de pareille condition qu'eux demeurant dans la seigneurie); 3° les serfs mainmortables; 4° les serfs de poursuite (ceux-ci ne pouvaient tester au-delà de 5 sous).

(9) Hervé, *Matières féod.*, t. I, p. 160, 161.

(10) Delaurière sur Loysel, liv. I, tit. I, n° 74. La coutume de Loudunois, tit. XXVII, art. 7, donne un argument favorable à ce système d'un droit d'accroissement. Voyez aussi le même, dans son Glossaire, v° *Partage divisé*. Les jurisconsultes vinrent ensuite fortifier cette idée par l'allégation des lois romaines (l. 20, C. *de episcopis*; l. 1 et suiv., C. *de hæredib. decur. naricul.*; l. 1. C. *si liberalit. imperial. socius*, etc.), qui décident que dans les corporations chaque membre a le droit de mutuelle succession, à l'exclusion du fisc, et que, quand le prince a donné quelque chose à plusieurs, et que l'un d'eux vient à mourir sans héritiers, le survivant succède à l'exclusion du fisc.

(11) Loysel, liv. I, tit. I, n° 74. Cette règle est tirée des coutumes de la Marche, art. 154; Bourgogne (comté), chap. IX, art. 13; Nivernais, titre *Des servitudes*, art. 32; Bourbonnais, art. 207; Auvergne, ch. XXVII; Vitry, art. 141; Troyes, art. 59; Chaumont en Bassigny, art. 3 et 78, etc.

mitigeait donc la dureté de la mainmorte ; elle la faisait participer aux plus précieux des droits civils (1).

L'autre raison, c'est-à-dire la raison économique et politique, était celle-ci :

Les *latifundia* divisés par la conquête et par les bénéfices transformés en fiefs, divisés encore par les innombrables munificences aux établissements religieux, avaient subi une autre espèce de subdivision. La classe servile avait été intéressée à la culture par des concessions foncières ; les serfs avaient reçu des terrains à défricher, à planter, à cultiver ; ils avaient là un manoir pour leur famille (2), un travail fructueux, quoique pénible, une existence assurée contre l'avenir par la participation au domaine utile de la chose. S'ils étaient attachés à la glèbe par la servitude, la glèbe leur était attachée par un important démembrement de la propriété. En retour, ils devaient à leur seigneur, source de ces concessions, des prestations de nature diverse, les unes personnelles, les autres affectées sur le sol. Mieux les terres étaient cultivées, et plus l'aisance régnait dans la seigneurie ; et le seigneur trouvait dans le bien-être de ses vassaux l'assurance que les richesses de son fisc ne seraient pas compromises. Or, l'industrie agricole, sur laquelle reposait presque tout le système financier de la féodalité, demande un grand nombre de bras, et les seigneurs pensèrent que l'agriculture serait bien plus florissante, si la vie commune et l'association héréditaire des serfs immobilisaient sur leurs domaines ces races inépuisables de travailleurs (3). D'ailleurs, c'était un moyen d'éviter la confusion des redevances, opérée par le fractionnement des tenements en pièces et lopins (4). Ils exigèrent donc à leur tour que leurs gens de mainmorte vécussent dans l'état de société agricole, et ce n'est qu'à cette condition qu'ils firent le sacrifice de leur droit de réversion.

Ce second point de vue a été exposé par Coquille d'une manière si ingénieuse et si pittoresque que l'on me saura gré de citer ses paroles (5).

« Selon l'ancien établissement du menage des « champs, en ce pays du Nivernois, lequel *menage* « *des champs est le vrai siége et origine de bourdelages* (6), plusieurs personnes doivent être « assemblées en une famille pour démener le « menage, qui est fort laborieux et consiste en « plusieurs fonctions en ce pays, qui, de soi, est « de culture malaisée ; les uns servant pour labourer et pour toucher les bœufs, animaux « tardifs ; et communément faut que les charrues « soient traînées de six bœufs ; les autres pour « mener les vaches et les juments aux champs ; « les autres pour mener les brebis et les moutons ; les autres pour conduire les pores. Ces « familles, ainsi composées de plusieurs personnes, qui toutes sont employées chacune « selon son âge, sexe et moyens, sont régies par « un seul, qui se nomme *maître de communauté*, « ÉLU à cette charge par les autres, lequel commande à tous les autres, va aux affaires qui se « présentent ès villes ou ès foires et ailleurs, a « pouvoir d'obliger ses parsonniers en *choses* « *mobilières* qui concernent le fait de la communauté ; et lui seul est nommé ès rôles des tailles « et subsides.

« Par ces arguments se peut connaître que ces « communautés sont vraies familles et colléges, « qui, par *considération de l'intellect, sont comme* « *un corps composé de plusieurs membres* ; combien que ces membres soient séparés l'un de « l'autre. Mais, *par fraternité*, *amitié et* LIAISON « ÉCONOMIQUE (7), *font un seul corps*.

« En ces communautés on fait compte des « enfants qui ne savent encore rien faire, par « l'espérance qu'on a qu'à l'avenir ils feront ; on « fait compte de ceux qui sont en vigueur d'âge, « pour ce qu'ils font ; on fait compte des vieux, « *et pour le conseil, et pour la souvenance qu'on a* « *qu'ils ont bien fait* ; et ainsi, de tous âges et de « toutes façons, ils s'entretiennent comme un « corps politique, qui, par subrogation, doit « durer toujours.

« Or, parce que la vraie et certaine ruine de « ces maisons de village est quand elles se partagent et se séparent, *par les anciennes lois de ce* « *pays, tant ès menages et familles de gens serfs,* « *qu'ès menages dont les héritages sont tenus en* « *bourdelages*, A ÉTÉ CONSTITUÉ POUR LES RETENIR « EN COMMUNAUTÉ, que ceux qui ne seraient en la « communauté ne succéderaient aux autres, et « on ne leur succéderait pas. »

Ainsi donc, en résumant tout ceci, l'utilité de l'association était réciproque. D'une part, elle

(1) DELAURIÈRE, *loc. cit.*; HERVÉ, *Mat. féod.*, t. I, p. 161. DUNOD, *Des mainmortes*, p. 76, dit : « La communion est donc de grand poids en mainmorte ; c'est le fondement des successions entre les mainmortables ; elle les fait préférer au seigneur même.

(2) Voy. mon *Comm. du Louage*, préface, p. XXIII.

(3) DUNOD, *loc. cit.*, p. 82, COQUILLE, *Quest.*; et sur l'art. 7 de la coutume, titre *Des servitudes*, et sur l'art. 18 du titre *Des bourdelages*.

(4) COQUILLE, *loc. cit.* de la coutume.

(5) Questions sur les coutumes.

(6) Voy. Nivernais, chap. VI, *Des bourdelages*. Or COQUILLE revient sur ces idées.

(7) Très-heureuse expression.

garantissait les mainmortables contre la réversion au seigneur des tenements serfs; de l'autre elle garantissait le seigneur contre les désertions, les non-valeurs, les eisaillements.

Lorsque la pesanteur de la mainmorte se fut allégée, et que les idées d'équité et d'humanité eurent pénétré plus avant dans le droit féodal, quelques coutumes firent une exception en faveur des enfants, et la communauté ne fut exigée qu'entre collatéraux (1); d'autres relâchèrent les conditions de l'association et comptèrent comme présent et commun l'enfant absent pour cause d'étude ou de service, la fille mariée dans une autre servitude, etc., etc. (2). Les jurisconsultes eurent égard à la contrainte de vivre dans une même maison, avec des personnes de tout âge, de tout sexe, d'humeurs différentes, les unes laborieuses et industrieuses, d'autres fainéantes et sans aptitude; celles-ci entrées comme gendres ou brus et vues d'un mauvais œil, celles-là faibles, valétudinaires, âgées, et enviées par leurs consorts, pour leur repos forcé (3). Les jurisconsultes pesèrent ces inconvénients; ils cherchèrent à les compenser en adoptant les interprétations les plus favorables aux mainmortables, en admettant des communions fictives (4), des équipollents, etc. Mais tout cela était invention de légistes et altération du droit primitif. En principe, l'enfant séparé de la famille n'était pas plus privilégié que les collatéraux (5); il était exclu par le seigneur. En principe, toute la famille devait vivre au même feu, au même sel, au même pain; et si le feu, le sel et le pain étaient divisés, si la communauté du boire et du manger n'existait plus, la terre faisait retour au seigneur; ce dernier succédait seul, au *préjudice même de la ligne directe;* de là ce proverbe juridique :

« Le feu, le sel et le pain
« Partent l'homme morte-main (6). »

Enfin, dans la rigueur originaire, la séparation d'un seul des serfs opérait la dissolution de toute la communauté; la succession réciproque était abolie; le bien des décédés appartenait au seigneur par droit de mainmorte. De là cet autre proverbe : « Un parti, tout est parti, et le chan- « teau part le vilain (7). »

Lorsqu'au XVIII[e] siècle la volonté libérale de Louis XVI supprima les dernières traces de mainmorte conservées dans quelques coutumes, les sociétés, dans lesquelles les familles serviles continuaient à vivre, avaient donné à cette classe d'agriculteurs un bien-être incontesté. « Le tra- « vail de plusieurs personnes réunies, disait « Dunod, profite bien plus que si tout était sé- « paré entre elles. Aussi l'expérience nous ap- « prend, dans le comté de Bourgogne, que les « paysans des lieux mainmortables sont bien plus « commodes que ceux qui habitent la franchise, « et que plus leurs familles sont nombreuses, « plus elles s'enrichissent (8). »

Mais revenons dans le moyen âge. Nous y sommes rappelés par d'autres espèces d'associations.

A côté des sociétés de serfs, l'histoire des temps féodaux nous signale dans toute la France des sociétés d'hommes libres, formées tacitement dans un but économique, et appliquant leur travail au développement de l'agriculture, du négoce ou au progrès de leur aisance commune. « Le lundy, de- « vant saint Barnabé l'apôtre, de l'an de grâce « 1293, fut lue, au parloer des bourgeois de Paris, « une cédule en la manière que s'ensuit... et « mort le père et la mère, tous lesdits biens re- « viennent aux enfants et sont communs entre « eux, *et lors se fet compaignie entre eux*, jusques « à tant qu'ils facent division de tous leurs biens « entre eux (9).

Mais c'est surtout dans les villages et dans les campagnes que ces sociétés taisibles ou tacites étaient fréquentes. La géographie coutumière en conserve la trace dans les provinces les plus opposées d'usages et de mœurs; elles règnent dans les pays de droit écrit comme dans les pays de coutume; dans ceux où les habitudes imposent la dot au mariage, comme dans ceux où domine la communauté conjugale (10). Dans le ressort du parlement de Toulouse, dans la Saintonge, l'Angoumois, la Bretagne, l'Anjou, le Poitou, la Touraine, la Marche, le Berry, le Nivernais, le Bourbonnais, les deux Bourgognes, l'Orléanais, le pays Chartrain, la Normandie, la Champagne, le Bassigny, etc., les populations affectionnaient ce genre d'association, et les statuts locaux le favorisaient. Lorsque des parents (ordinairement dès

(1) Auvergne, t. XXVII; MASUER, *Des successions*, t. XXXIII, n° 20.

(2) DELAURIÈRE, sur Loysel, liv. I, tit. I, n° 76; DUNOD, ch. III, sect. II.

(3) DUNOD, p. 124.

(4) Idem.

(5) COQUILLE, *Inst. au droit français*, tit. *Des servitudes*, et sur Nivernais, art. 14, *Des servit.*

(6) LOYSEL, liv. I, tit. I, n° 76; DELAURIÈRE, glossaire, v° *Partage divisé.*

(7) LOYSEL, liv. I, tit. I, n° 78; Nivernais, *Des servitudes*, ch. VIII, art. 9; la Marche, art. 3. COQUILLE trouvait cet article sévère, et estimait que la division d'un seul ne pouvait préjudicier qu'à ceux d'une même branche, et en pareil degré, et non à tous les personniers.

(8) *De la mainmorte*, p. 11, ch. I.

(9) CHOPIN, *de morib. Parisior.*, lib. II, cap. I, n° 31.

(10) MAYNARD, liv. II, ch. LXXI.

frères, quelquefois même des personnes étrangères) avaient vécu ensemble pendant l'an et jour dans la même demeure et à deniers communs, confondant leurs biens, leur travail et leurs gains, ils étaient censés avoir voulu former une société universelle (1) qui comprenait leurs meubles, leurs acquêts et tous leurs bénéfices. Ce n'était pas là un état de simple communauté passive. L'esprit du négoce et du lucre présidait à ces rapports (2). Voilà pourquoi on ne les présumait pas à l'égard des personnes engagées dans le sacerdoce, qui, disent les jurisconsultes, sont bien *au-dessus du trafic et du négoce, et doivent préférer la pureté de leur ministère à la fange du commerce* (3). Voilà pourquoi on ne les admettait pas non plus entre nobles, « ces personnes (je copie Lebrun) ne « s'attachant pas au commerce qui fait valoir « ordinairement ces sortes de sociétés (4). » Il existe cependant une coutume qui les recevait entre nobles; mais c'était celle de Champagne (5), où le ventre anoblissait et où la noblesse se recrutait au comptoir et trafiquait aux foires (6).

Si je voulais expliquer la cause de cet esprit général d'association dans la classe laborieuse des roturiers, il me serait difficile d'en assigner une aussi précise que celle qui domine dans les sociétés de serfs. Au premier coup d'œil, on serait tenté de croire que, la servitude ayant été l'état presque général des classes inférieures dans les villes et les campagnes, les classes affranchies, au XIIe, au XIIIe et au XIVe siècle, ont dû conserver, dans l'état de liberté, des habitudes d'association auxquelles elles étaient redevables de leur aisance (7). Mais, quoique n'étant pas sans valeur, cette raison est à elle seule insuffisante; car les sociétés taisibles libres se rencontrent nombreuses et usuelles, dans des pays où, comme en Italie, les sociétés serviles étaient peu ou point connues. Il y a donc d'autres causes qu'il faut étudier.

La plus vraisemblable est dans l'esprit de famille et dans l'esprit d'association, qui jouent dans le moyen âge un si grand rôle. L'esprit de famille y est frappant par son énergie; les Germains l'apportent avec eux, et le trouvent vivant dans les Gaules. Cet esprit se consolide dans l'organisation féodale. Le seigneur, retiré dans son manoir solitaire, isolé derrière ses tourelles, trouve dans la famille qui l'environne le repos à ses fatigues guerrières; la famille est le correctif de l'isolement féodal. Toutes les lois tendaient à maintenir la famille unie et compacte, à lui conserver le patrimoine qui fait sa force, à lui transmettre de génération en génération le même foyer, les mêmes biens, les mêmes sentiments, les mêmes affections. Ni les distractions arrivées du dehors, ni l'importation des idées étrangères, ni la facilité des communications et des voyages, ne viennent rompre habituellement cette monotonie de traditions. La famille, localisée dans un étroit horizon, est sans cesse en présence d'elle-même; et c'est surtout en elle-même qu'elle trouve sa sauvegarde et ses principales jouissances. Que si des intérêts extraordinaires, plus tumultueux et plus excentriques, s'élancent hors de cette enceinte bornée, c'est toujours par l'association qu'ils cherchent à se donner satisfaction. Le besoin d'émancipation donne naissance aux communes et aux bourgeoisies; le besoin de l'indépendance politique, aux associations du baronnage contre la royauté et le clergé (8); le besoin de sécurité dans les moyens de travail, aux corporations marchandes et ouvrières (9); le sentiment religieux, aux ordres monastiques et aux congrégations. En un mot, l'esprit humain procédait alors par voie d'association. On s'associait pour tout, pour les grandes choses et pour les petites, pour résister aux brigands qui désolaient les campagnes (10), et pour se livrer à ses plaisirs. Est-il donc étonnant, dès lors, que cette forme si générale de la civilisation contemporaine se soit fait jour à sa manière dans la gestion économique des intérêts de la famille? N'est-il pas naturel que l'esprit de famille et l'esprit d'association se soient donné la main pour conserver et accroître le patrimoine commun, et que les faibles aient voulu se rendre forts, se rendre riches par l'union? Aussi, un ancien historien a-t-il fait la remarque suivante : « Mos in omnibus « ferè Galliæ provinciis obtinuit, ut seniori fra- « tri ejusque liberis paternæ hæreditatis cedat « auctoritas, cæterisque ad illum tanquam ad « dominum respicientibus (11). » Comme l'on considérait les partages d'un œil défavorable, comme l'opinion universelle voyait en eux un principe

(1) *Infrà*, sur l'art. 1836; LEBRUN, *Des communautés taisibles*, ch. II.
(2) LEBRUN, *loc. cit.*, n° 2, d'après BARTOLE. Au ch. I, n° 4, il les appelle *sociétés tacites de commerce*.
(3) LEBRUN, ch. I, n° 4.
(4) Ch. I, n° 3.
(5) Voy. art. 101.
(6) MICHELET, t. II, p. 96 et 97 de son *Histoire de France*.
(7) LEBRUN, ch. I, n° 2, disait : « *C'est dans ces sociétés taisibles que les mainmortables s'enrichissent.* »
(8) Voyez pour exemple DE SISMONDI, tome VII, p. 362, 363, 367.
(9) Id., t. VIII, p. 113, 114.
(10) La société des Capuchons, sous Philippe-Auguste (SISM., t. VI, p. 34).
(11) OTHO FRISINGENSIS (*Gesta Frederici imperat.*); PAPON, liv. XV, n° 28.

d'affaiblissement, les frères restaient dans l'indivision, et le chef de la société, appelé maître, et investi d'un grand pouvoir d'administration, était ordinairement l'aîné. On voyait ces sociétés continuer pendant des siècles, surtout entre les métayers perpétuels, et se maintenir par les enfants, les gendres, les brus, tous vivant ensemble dans les mêmes habitations, et sans division. Lorsque les associés voulaient rompre leur société, c'était une véritable crise toujours accompagnée de différends et de graves désordres (1). Elle était redoutée comme une calamité.

Il est certain que ces sociétés contribuèrent au développement de l'aisance dans la classe bourgeoise des villes et des campagnes, rendirent l'agriculture plus florissante, et ne furent pas sans influence sur l'agrandissement du tiers état (2).

Mais au XVI[e] siècle, lorsque la civilisation féodale eut perdu son originalité, lorsque l'esprit individuel se fut posé avec hardiesse en face des institutions, et que l'homme eut été initié au sentiment de sa force et de sa liberté personnelles, les sociétés taisibles furent moins en harmonie avec les besoins économiques de la famille, avec les nouvelles habitudes de ses membres, avec le mouvement imprimé au commerce, aux mœurs, aux lois de la nation (3). On se préoccupa beaucoup plus des discordes de la vie commune, que de l'énergie qu'elle donne à la famille; on craignit pour les créanciers qu'elle pouvait frustrer (4); on leur reprocha de reposer sur les bases fugitives d'un consentement non écrit. Bref, elles furent proscrites ou abandonnées dans un grand nombre de coutumes, et l'ordonnance de Moulins sur la preuve écrite des obligations, hâta leur ruine (5). D'Argentrée essaya de les défendre en Bretagne (6), mais ses tentatives restèrent sans effet (7). Il n'en fut plus question à Paris; Orléans les condamna expressément (8).

Toutefois, plusieurs provinces, plus attachées à leurs anciens usages, les conservèrent religieusement. Coquille, commentateur de la coutume de Nivernais, et Vigier, commentateur de la coutume d'Angoumois, ont fait des tableaux séduisants de la prospérité des familles soumises à ce régime primitif; ces tableaux ne sont pas flattés; car, malgré le niveau que la révolution a passé sur notre France, malgré l'abolition générale et absolue des sociétés tacites prononcée par le code civil, M. Dupin aîné a trouvé dans un coin du Nivernais une de ces heureuses communautés, survivant aux menaces de la législation, aux transformations des mœurs, à l'inquiète indépendance de l'esprit individuel. Il a vu ce régime vigoureux fonctionnant encore aujourd'hui dans les mêmes conditions que du temps de Coquille, et procurant aux membres de l'association le même bien-être, les mêmes satisfactions matérielles et morales (9). Ces débris respectables de vieilles institutions résisteront-ils longtemps encore aux principes de dissolution que le droit commun a placés à côté d'elles? Cette vie commune se prolongera-t-elle comme une source d'émulation, de bons exemples, de bon gouvernement agricole? C'est ce qu'il n'est pas permis d'espérer, dans un siècle où la centralisation de jour en jour plus active promène en tout sens l'égalité de lois et de mœurs (10).

Après m'être occupé des sociétés universelles, je vais jeter un coup d'œil sur les sociétés particulières qui servirent d'aliment à l'esprit d'association, dans les temps reculés de notre histoire.

La principale est la société de *commande*, origine, pour le nom et pour le fond, de la société en commandite. La commande remplit le droit civil, commercial et maritime du moyen âge. Elle est, à cette époque, l'instrument le plus actif du travail organisé en société.

L'une de ses plus anciennes applications est le bail à cheptel, appelé alors avec grande raison *commande de bestiaux* (11). Le propriétaire d'un troupeau le remet, à titre de capital, à un berger, pour que ce dernier le soigne, le nourrisse et l'entretienne; l'industrie de celui-ci fait alliance avec le capital de celui-là; le premier travaille, le second doit rester oisif, et tous les deux partagent les croîts et les profits. L'on reconnaît là les linéaments de la commandite; c'est le berceau modeste d'une grande chose.

Je ne serais pas étonné cependant que cette idée parût paradoxale à certains esprits, mieux instruits du droit actuel que des phases qui l'ont préparé. Rien n'est cependant plus vrai et mieux

(1) VIGIER, sur l'art. 41 de la coutume d'Angoumois.
(2) *Infrà*, n° 196.
(3) *Infrà*., n° 258.
(4) *Infrà*., n° 197.
(5) *Ibid.*
(6) *Avis et consult. sur le partage des nobles*, quest. 45, n° 6.
(7) C'est ce que dit DUPARC-POULLAIN, t. V, p. 337.
(8) Art. 213.

(9) Voy. *Lettre à M. Étienne* ou *Excursion dans le Nivernais.*
(10) DUPIN nous apprend cependant qu'un arrêt de la cour de Bourges, du 6 mars 1832, a trouvé moyen d'écarter une demande en partage dont cette société était menacée. J'aurais désiré en connaître les faits.
(11) *Infrà*, n° 378. Voy. le glossaire de DELAURIÈRE, v° *Société*; il appelle le cheptel une société en commandite, et ce n'est pas autre chose.

prouvé que l'identité du cheptel et de la commandite. Je le répète; le nom ancien de cheptel était *commande de bestiaux*, ou, comme le dit Ducange, *commandite* de bestiaux (1). En Italie, on l'appelle *soccità*, mot qui n'est qu'une corruption agreste de *società* (2), et dont le latin des chartes du moyen âge a fait *socida*. « *Soccità*, dit encore Du- « cange, *quasi societas*; accomendità *di bestiame*, « che si dà alla custodia altrui, à mezzo prò e « danno (3). »

Quoi qu'en ait pensé Heineccius, je ne crois pas que la commande de bestiaux (4) ait été ignorée des Romains à l'égal de la lettre de change, du contrat de rente viagère, de la loterie, etc. (5). Il y a dans le Digeste et dans le code des textes assez formels pour démontrer que cette combinaison a trouvé place dans leur agriculture (6). Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'elle est devenue beaucoup plus fréquente chez les nations modernes qu'elle ne l'était chez les Romains; l'émancipation des classes inférieures, la nécessité de leur créer une industrie non servile, les changements survenus dans le personnel de l'art agricole, peuvent expliquer peut-être cette diffusion de la commande de bestiaux. Mais il n'est pas possible de croire que les Romains ne s'en soient pas servis.

De là deux conséquences :

La première, c'est que la commande n'est pas un contrat exclusivement commercial, comme beaucoup d'auteurs modernes l'ont pensé; l'industrie agricole peut la revendiquer aussi bien que l'industrie marchande et maritime.

La seconde, c'est que l'idée de la société en commandite se trouve, non-seulement en germe, mais encore en pratique, dans cette terre féconde du droit romain, où l'on a trop facilement pensé qu'elle n'avait jamais eu de racine.

C'est, du reste, une mesquine et chétive industrie que celle du cheptelier; elle donne au travailleur beaucoup de peine et peu de profits. Mais, tout en gardant les conditions de cette combinaison, essayez d'en changer l'objet : à un capital consistant en bestiaux dont l'entretien est si coûteux, substituez un capital en marchandises d'une conservation facile, d'un débit assuré; à l'industrie lente, stationnaire et infructueuse du berger, substituez l'industrie plus rapide, moins dispendieuse et plus lucrative du marchand, et tout de suite la commande va devenir un contrat plein de vie, qui fixera l'attention de l'industrie et donnera au négoce une grande activité.

De là, le contrat de pacotille auquel le commerce du moyen âge a dû une grande partie de son mouvement. On confiait à un marchand qui se rendait aux foires, ou bien à un marin qui allait naviguer au loin, un capital en marchandises, afin qu'il le vendît avec avantage ou qu'il le convertît en d'autres marchandises. C'était une société (7), une véritable société en commandite, dans laquelle le marchand commandité apportait pour mise son industrie. Un seul traitait avec les tiers et était connu d'eux. Le commanditaire n'aventurait que son fonds de marchandises et nullement sa responsabilité personnelle. Si l'affaire procurait des profits, les associés les partageaient entre eux dans les proportions convenues. C'est ainsi que s'alimentaient les foires de Brie et de Champagne (8), et les ports de mer marchands. On trouve la commande dans toutes nos villes maritimes de la Provence et du Languedoc, dans l'Italie, dans la partie de l'Orient envahie par les croisés; les Assises de Jérusalem en font mention, aussi bien que les plus vieux statuts de Marseille, Montpellier, Pise, Gênes, etc. On a voulu en faire honneur à l'Italie; c'est une erreur (9). La commande n'est pas plus italienne que provençale; elle n'est pas plus d'origine marchande que d'origine civile; on la rencontre simultanément dans toutes les directions industrielles et dans la sphère d'intérêt de toutes les contrées.

Maintenant, faisons un pas de plus, et à la place d'un capital en nature, comme bestiaux ou marchandises, mettons un capital en argent; et, tout de suite, nous aurons trait pour trait, dans la commande, la société en commandite, telle que nous la concevons et que nous la pratiquons aujourd'hui.

J'ai dit : Telle que nous la concevons et la pratiquons aujourd'hui. En effet, la commandite de bestiaux a pris un nom à part, celui de bail à cheptel, et, tout en retenant son caractère indélébile de société et de société en commandite, elle est allée se ranger dans les variétés du contrat de louage, auquel elle appartient moins par la chose que par la liaison du mot *bail* qui lui est commun avec le bail à ferme. Quant à la commandite de pacotille, les développements du commerce ont

(1) V° *Socida*.
(2) Ducange, v° *Socida*.
(3) *Loc. cit.*
(4) C'est le nom qu'elle porte encore en Bresse.
(5) Voy. sa *Dissertation sur la lettre de change*, § 16, tome II, p. 451.
(6) Mon *Comm. du Louage*, n°s 1054-1060.
(7) C'est ce que je prouve *infrà*, n° 381, à l'aide des statuts de plusieurs villes maritimes.
(8) Ordonnance de Louis le Hutin, du 9 juillet 1315, art. 5.
(9) Je le prouve plus bas, n° 381.

rapetissé son rôle ; elle n'est restée que comme petite société nautique, pratiquée par les gens de mer (1). C'est donc au capital en argent, donné à titre de commandite, qu'est resté le grand rôle commercial ; c'est cette combinaison qui a éclipsé les deux autres, et a donné l'impulsion la plus importante aux affaires, par une heureuse association des intérêts civils avec les intérêts commerciaux.

Cette combinaison ne fut pas plus inconnue dans le moyen âge que la commandite de bestiaux et la commandite de pacotille. Les Assises de Jérusalem s'en sont occupées (2), et il y en a ailleurs des traces nombreuses.

On conçoit facilement, au surplus, que les capitaux aient dû souvent s'engager dans cette voie, lorsqu'ils ont voulu sortir de leur oisiveté.

En effet, les lois canoniques, par une réaction contre l'usure, ce fléau de la civilisation romaine et de toutes les civilisations barbares, les lois canoniques avaient défendu le prêt à intérêt : elles avaient frappé l'argent de stérilité. C'est en vain que la subtilité des clercs orientaux avait inventé la fraude des trois contrats pour échapper à la prohibition (3). En vain leur génie rusé avait groupé ensemble la société, l'assurance et la vente, et formé de ces trois conventions permises une combinaison qui arrivait aux mêmes fins que la convention défendue. Les esprits sincères, les âmes dociles s'étaient effrayés de ce détour, et le zèle de quelques hardis casuistes, pour le légitimer, n'était pas parvenu à le rendre populaire. Les capitaux restaient donc privés de la précieuse ressource du prêt à intérêt.

Dans cet état, la société en commandite se présenta naturellement pour les tirer de leur inaction. Des pères de famille, des magistrats, des nobles, des militaires, voulant augmenter leur bien-être par le profit de leur argent, le mettaient en commandite chez un marchand de bon renom; cet argent fructifiait, et ces personnes trouvaient commode de retirer des bénéfices du commerce, sans être commerçants. Cachées derrière le voile de l'anonyme, inconnues des tiers, qui n'avaient affaire qu'avec le marchand commandité, elles n'avaient aucune responsabilité personnelle ; à la fin de l'année, elles se faisaient rendre compte et recevaient leur part des bénéfices. On peut dire que la commandite a été, dans le moyen âge et dans l'ancien régime, un mobile puissant pour remuer les capitaux et leur donner de l'élan et de la vivacité.

Mais c'est surtout en Italie qu'elle se montra féconde. De très-bonne heure (4) les Italiens avaient signalé l'ardeur et l'habileté de leur génie commercial. Dès le xe et le xie siècle, ils faisaient un commerce considérable d'argent ; les Florentins, notamment, se répandaient en Europe, sous le nom de Lombards, et rapportaient de leurs spéculations des richesses immenses, avec lesquelles ils élevaient, dans leur patrie, de magnifiques édifices et des palais, et répandaient autour d'eux l'opulence et le luxe. C'étaient eux qui, dignes émules des chevaliers romains, se formaient en sociétés, et affermaient et les impôts des États du pape, et les tributs que la cour de Rome levait en France, en Angleterre, et sur toute la chrétienté (5) ; affaire gigantesque, qui, à elle seule, prouve l'esprit vaste, entreprenant, de ces négociants qui surent trouver la noblesse dans le commerce qui faisait ailleurs déroger. Ils faisaient aussi la banque sur une grande échelle, et leurs sociétés (car, ainsi qu'on le voit dans l'histoire de Jean Villani, c'était dans l'association qu'ils trouvaient les moyens de tant embrasser) (6), leurs sociétés avaient des comptoirs dans nos principales places. Tandis que les Pisans et les Génois armaient des vaisseaux contre les Sarrasins et exploitaient le commerce de l'Orient (7) ; tandis que Venise faisait la traite dans les mêmes contrées et nolisait les flottes qui conduisaient les croisés en terre sainte et excitaient l'admiration de Ville-Hardouin (8), les compagnies de Lombards tenaient dans leurs mains tout le crédit des États occidentaux ; elles prêtaient aux souverains (9), et enlaçaient dans les filets de leurs prêts sur gage les

(1) ÉMERIGON, *Assurances*, t. II, p. 398, 399.

(2) Ch. XLI, XLV, li Bezans, disent-elles.

(3) Voy. là-dessus *infrà*, n° 17.

(4) MURATORI, t. I, dissert. 15.

(5) Voici un diplôme de 1233, par lequel le pape Grégoire donne décharge à l'une de ces sociétés : « Universitati nostræ « volumus esse notum, quod facta generali, inter cameram « nostram et dilectos filios, Angelerium Solaficum, quondam « campsorem nostrum (changeurs, banquiers) *et ejus socios*, « mercatores senenses, de omnibus rationibus, quas in *Anglia*, « *Francia*, Curia Romana, *vel etiam alibi*, nostro, vel Ecclesiæ « nomine, receperunt ; ut de expensis ab eis factis, ac de solutis « quæ fuerunt hinc inde solvenda, *computatione habita diligenti*, compertum est, cameram ipsam, eisdem prorsus in nullo « teneri, et mercatores eosdem nihil omnino cameræ prædictæ « debere. » (MURATORI, *Antiq. med. ævi*, dissert. 16, t. 1, p. 889, 890.)

(6) MURATORI en fait aussi l'observation dans sa dissertation 15.

(7) MURATORI, dissert. 30, t. II, p. 865 et 908.

(8) Voy. ses curieux mémoires, n°s 29 et suiv. : « Et li navires « li venissiens orent appareillé, fu si riches et si bels, que onques « nus hon chrestiens plus bel ne plus riches ne vit. »

(9) Par exemple, elles prêtèrent à Édouard III, roi d'Angleterre, de grosses sommes qu'il ne put leur rendre (J. VILLANI, lib. XI, cap. LXXXVII, CXXXVII, et lib. XII, cap. LIV). Je reviendrai bientôt sur ce fait.

nobles, les monastères, tous ceux qui avaient besoin d'argent (1). Quand leurs richesses, tirées de la substance des peuples, avaient amoncelé les haines nationales, les gouvernements réagissaient sur eux avec violence; on saisissait leurs personnes et leurs biens; on les expulsait outrageusement sous les noms de peste publique, d'usuriers, d'hommes abominables (2); mais bientôt l'espoir du gain les ramenait braver la banqueroute et l'ignominie. Tantôt ils achetaient leur retour par de bonnes rançons payées aux rois; tantôt ils obtenaient la protection de quelques grands en leur donnant une part d'associé dans leurs opérations (3). Tant qu'on avait besoin d'eux, on les accueillait avec faveur. Le roi leur permettait de s'établir en corporations dans les villes qu'ils désignaient : par exemple, Paris, Montpellier, Nîmes, Toulouse, Nantes, Dinan, Quimper, Beauvais, etc. (4). Là ils avaient leurs recteurs ou consuls élus par eux, et exerçant sur la corporation une juridiction basée sur les lois italiennes; ils jouissaient des mêmes priviléges que les bourgeois de Paris, étaient exempts de l'ost et de la chevauchée, de la taille, de la mainmorte, du droit de naufrage, etc. (5). Mais malheur à eux si dans quelque crise financière la nature de leurs spéculations autorisait contre eux l'accusation d'usure (6), ou contrariait les vues du gouvernement dans les altérations des monnaies (7)! Ils étaient insultés, proscrits, accablés de l'inimitié publique, comme les juifs avec lesquels ils partageaient le commerce de l'argent. Il est probable que tout n'a pas été inventé à plaisir dans les reproches sanglants dont les contemporains les ont poursuivis; et si l'on songe que le taux auquel les Lombards avaient élevé l'intérêt commercial de l'argent était souvent de plus de 20 p. °/₀ (8), on sera forcé de croire que les larmes des peuples n'étaient pas feintes. Cependant, je ne voudrais pas dire non plus qu'il n'y a pas eu quelque exagération de la part d'une époque, qui appelait usure tous les profits de l'argent, et dont le système économique était dirigé par les lois religieuses et civiles dans une voie de réaction contre les idées du monde romain en matière de prêt à intérêt. Réfléchissons aussi que, si l'in-

(1) MATHIEU PARIS (*Hist. Angl.*, *Henricus III*, ann. 1235). « Invaluit autem his diebus, Caorsinorum pestis abominanda, « ut vix esset aliquis in tota Anglia, maxime prelatus, qui retibus istorum, jam non illaquearetur. Etiam ipse rex debito « inestimabili eis tenebatur obligatus. Circumveniebant enim in « necessitatibus *indigentes*, usuram sub specie negotiationis palliantes, et nescire dissimulantes quod quidquid accrescit sorti « usura est, quocumque nomine censeatur. »

Voici la formule du contrat qu'ils faisaient souscrire aux débiteurs. Mathieu Paris l'a conservée; elle est curieuse :

« Universis præsens scriptum visuris, N*** prior et conventus « N***, salutem in domino. — Noveritis nos mutuo recepisse apud « Londinum (Londres), pro nostris et ecclesiæ nostræ negotiis « utiliter expediendis, ab illo N*** et illo N***, *pro se et sociis « suis*, civibus et mercatoribus civitatis N***, centum et quatuor « bonorum et legalium (bons et loyaux) esterlingorum, pro « marca qualibet computatis... » (Ici se trouve une renonciation à toute exception *non numeratæ pecuniæ* et autres.) « Quas præ-« taxatas 104 marcas esterlingorum, dictis mercatoribus, *vel uni « ipsorum*, vel eorum certo nuncio, qui præsentes litteras secum « attulerit in festo sancti Petri ad vincula (1er août), anno Domini « incarnationem millesimo ducentesimo trigesimo quinto, per « legitimam stipulationem promittimus et tenemur nomine nostro « et ecclesiæ nostræ, nos integre soluturos et reddituros. Tali « tenore adjuncto, quod si dicta pecunia prædicto loco et ter-« mino, sicut dictum est, non fuerit prolata et tradita; ex tunc « in antea semper, transacto termino, promittimus et tenemur « per eamdem stipulationem, dare et reddere *prædictis merca-« toribus, aut uni eorum*, vel eorum certo nuncio, per singulos « menses duos, pro singulis decem marcis, unam marcam dictæ « monetæ, pro recompensatione damnorum, quæ damna et ex-« pensa ipsi mercatores ex hoc possent incurrere vel habere; « ita quod damna et expensa et sors cum effectu peti possint, ut « superius expressa, et *expensas unius mercatoris cum uno equo « et cum uno servo ubicumque fuerit mercator*, usque ad plenam « solutionem omnium prædictorum.

« Expensas etiam factas et faciendas, pro ipsa pecunia recu-« peranda, reddemus et restaurabimus iisdem mercatoribus, vel « uni eorum, vel eorum certo nuncio; quam recompensationem « damnorum, *interesse* et expensarum promittimus dictis merca-« toribus, in sortem dicti debiti nullatenus computari; ac non « detinere dictum debitum sub pretextu recompensationis me-« moratæ...

« Pro quibus omnibus antedictis firmiter et plenarie adim-« plendis, et inviolabiliter observandis, *obligamus nos et eccle-« siam nostram*, et omnia bona nostra et *ecclesiæ nostræ mobilia « et immobilia*, ecclesiastica et mundana, habita et habenda.

« ... Renunciando omni juris auxilio canonici et civilis, pri-« vilegio clericatus et fori, epistolæ *divi Adriani*, omne con-« suetudine et statuto, omnibus litteris, indulgentiis, privi-« legiis, etc. »

Puis Mathieu Paris, étonné de ce formulaire, effrayé de ce luxe de précautions légales, ajoute :

« Talibus igitur inextricabilibus vinculis debitores suos Caorsini « constringebant... indigentes primo sermonibus mellitis et mul-« litis alliciebant; in fine vero velut jacula vulnerantes. *Unde « multi propter verba eorum subscripta, arguta et à legibus ex-« tracta, causidicorumque cognata fallaciis, hæc non sine curiæ « romanæ* connivencia, *fieri arbitrant.* »

(2) MATHIEU PARIS (ann. 1235), et ordonn. de saint Louis de 1268 (*Ord. du Louvre*, t. I, p. 96). : « Prolivo tali — intelleximus quod Lombardi, Caorsini, ac etiam plures alienigenæ « *usurarii*, regno nostro publice, *super pignoribus mutuantes « ad usuram*, habentes ad hoc domos et mansiones specialiter « deputatas, in quarum *extorsione* valde depauperant regnum « nostrum. »

Autre ordonnance de Philippe le Bel, de 1311 (t. I, p. 489) : « *Usurarum voragine*. »

(3) MATHIEU PARIS, *loc. cit.*

(4) DUCANGE, vº *Longobardi*.

(5) Voyez dans DUCANGE, vº *Longobardi*, la charte de 1278, par laquelle le roi Philippe le Hardi accorde ces droits à Fulcone Cacin, citoyen de Plaisance, et prenant le titre de *capitaneus universitatis* des marchands lombards et toscans, ayant pouvoir et mandat des consuls des marchands de Venise, Plaisance, Lucques, Bologne, Pistoja, Asti, Florence, Milan, etc., de traiter avec le roi de France pour leur établissement à Nîmes.

(6) Ord. de saint Louis, de 1268 (*Ord. du Louvre*, t. I, p. 96); ord. de Philippe le Hardi, de 1274 (*Ib.*, t. I, p. 267).

(7) Ord. de Philippe le Bel, de 1311 (*Ib.*, t. I, p. 489).

(8) Ord. de Philippe le Bel, de 1311; MURATORI, dissert. 16, t. I, p. 898.

térêt commercial était énorme, c'est que les chances du commerce étaient énormément mauvaises; car il fallait craindre les brusques changements dans les valeurs monétaires, les banqueroutes, les exils, les confiscations, les rapines de toute espèce, les dangers de toute nature dans les communications.

Je veux en citer un exemple qui rentre dans mon sujet.

Parmi les nombreuses compagnies de commerce qu'il y avait à Florence, au XIVe siècle, on distinguait celle des Bardi et celle des Peruzi, personnages dont l'opulence égalait la noblesse et l'ancienneté. Tour à tour marchands et hommes d'État, les Bardi et les Peruzi avaient de tout temps figuré dans les luttes contre l'Empereur, dans les conseils de la cité, dans sa politique, dans ses guerres, dans ses finances (1). A l'époque dont je parle, ils étaient banquiers d'Édouard III, roi d'Angleterre. Ce prince leur faisait passer ses laines, ses denrées, son argent, et eux, de leur côté, lui fournissaient des fonds pour ses dépenses et ses besoins. La guerre venait d'éclater entre la France et l'Angleterre; Édouard III avait fait de grands préparatifs, et le découvert des compagnies Bardi et Peruzi, à son égard, se montait à plus de 1,365,000 florins d'or, somme avec laquelle on aurait pu acheter un royaume (*che valeano un reame*) (2). Édouard, pressé de s'acquitter, déclara ne pouvoir payer. Cette nouvelle jeta la consternation dans Florence; car les Bardi et les Peruzi avaient derrière eux une foule de commanditaires et de prêteurs confiants dont le sort dépendait de leur crédit (3). Pour comble de malheur, les compagnies succursalistes, que les Bardi et les Peruzi avaient organisées en France (4), étaient chassées par le roi avec confiscation. Ces deux maisons, accablées de tant de revers, écrasées sous le poids de leurs obligations, firent faillite, et la chute de ces deux colonnes, qui soutenaient pour ainsi dire le commerce de toute la chrétienté (5), fut pour Florence l'occasion de pertes immenses. D'autres riches compagnies, entraînées dans la crise, déposèrent leur bilan. J. Villani cite les compagnies des Acciajuoli, des Buonacorsi, des Cocchi, des Antellezi, des Corsini, des Castellani, des Perondoli (6). C'étaient les premiers noms de Florence dans le commerce et dans l'État. D'autres compagnies moins importantes (7), plusieurs marchands opérant en nom singulier, dont les fonds étaient engagés dans ces grandes maisons, faillirent à leur tour. La catastrophe fut affreuse. L'argent disparut. Toutes choses tombèrent à rien (8). La richesse de Florence en fut profondément altérée. Aussi, les contemporains, aigris par ces pertes, blâment-ils avec amertume la témérité de ces marchands qui compromettaient dans des entreprises si aventureuses la fortune publique et privée (9).

Tels étaient donc les risques auxquels était soumis le commerce de banque. A un jeu où il y avait tant à perdre, il fallait aussi qu'il y eût beaucoup à gagner. Au reste, nous ne pensons pas que, tout compte fait des succès et des désastres commerciaux, le calcul des probabilités ait tourné contre l'Italie. Ce pays était et a été longtemps le plus riche en numéraire (10) et le plus avancé en civilisation.

Ce qu'il y a de certain, c'est que ses marchands cosmopolites ont fondé en France et ailleurs les grands principes du crédit commercial; c'est que notre moyen âge leur doit les notions du change de place en place, largement comprises et pratiquées; c'est qu'ils donnèrent au négoce une variété de moyens et d'expédients, une supériorité d'action qu'il n'avait jamais eues avant eux; c'est que, dans des siècles d'ignorance financière et de mauvaise foi, ils surent, par leurs conceptions habiles, par leurs correspondances multipliées, par leurs virements ingénieux, mettre le commerce autant à l'abri qu'il était possible des dangers dont l'environnaient les fraudes, les violences, l'inexpérience et les préjugés des gouvernements.

Je viens de parler des compagnies Bardi et Peruzi et de leurs commanditaires. Ceci me ramène au régime des sociétés italiennes, dont une digression nécessaire m'avait un instant éloigné. L'Italie remua le monde commercial avec deux sortes de

---

(1) JEAN VILLANI, lib. V, ch. XXXIX, *passim*.

(2) J. VILLANI, lib. XI, ch. LXXXVII. MICHELET estime à cent vingt millions ce que ces deux maisons avaient prêté à Édouard (t. V, p. 379-380 et note 1).

(3) « C'était une grande folie à eux, dit J. VILLANI, d'avoir mis d'aussi grandes sommes sur une seule tête. Et notez que la plus grande partie de cet argent (*la maggior parte*) n'était pas à ces compagnies. *Anzi gli aveano in* ACCOMANDA *e in deposito di più cittadini e forestieri.* » (*Loc. cit.*)

(4) Id. « E per aggiunto del male delle dette compagnie, il re « di Francia fece pigliare in Parigi e per tutto il reame, *i loro « compagni* e cose, e mercatanzie, etc. »

(5) « Però che fallita le dette due colonne, che per la loro « potanzia, quando erano in buono stato, conducevano colli loro « gran traffichi, gran parte del traffico della mercatanzia dei « cristiani, *et erano quasi un alimento*, etc. » (Id.)

(6) Lib. XI, cap. CXXXVII, et lib. XII, cap. LIV.

(7) « Più altre piccole compagnie... *altre compagnie minori, « e singolari*, ch' aveano il loro nei Bardi, e in Peruzi e negli « altri falliti..., fallirono. » (J. VILLANI, lib. XII, cap. LIV.)

(8) Id., lib. XI, cap. CXXXVII.

(9) Id., lib. XI, cap. LXXXVII; lib. XII, cap. LIV.

(10) SCACCIA, § 1, q. 7.

sociétés (les seules qu'elle connût), la société en nom collectif, et la société en commandite dont on distinguait à peine la société en participation. Souvent les marchands se constituaient en société en nom collectif, sous une raison sociale. Dès le commencement du XIII[e] siècle, nous apercevons cette forme en pleine vigueur, par suite d'un usage qui paraît remonter beaucoup plus haut. Les Lombards contractaient en général, en Angleterre et en France, sous la raison sociale N. N. et compagnie (1), et un seul des gérants avait pleins pouvoirs pour représenter la compagnie et faire les recouvrements (2). Les sociétés Bardi, Peruzi, Acciajuoli, Corsini, tiraient cette dénomination du marchand principal qui était en nom, et sous la raison duquel se faisait le commerce (3); de sorte que je serais fort tenté de croire que l'appellation Caorsins ou Corsins, donnée aux Lombards qui exploitaient la France et l'Angleterre, pourrait bien leur venir, non pas de Cahors, que Dante aurait, un peu légèrement peut-être, comparée à Sodome (4), mais des Corsini, illustres marchands de Florence, non moins riches que les Bardi et les Peruzi; des Corsini, disons-nous, dont la compagnie comptait dans cette cité au rang des plus considérables, et qui probablement aura été l'une des premières à envoyer ses associés hors de l'Italie, pour faire la banque. Quoi qu'il en soit de cette conjecture que je ne suis pas le premier à émettre, il est un point sur lequel je dois insister : c'est l'habileté de ces intrépides spéculateurs à attirer à eux, par le moyen de l'association, les capitaux qui doivent seconder leur génie entreprenant et développer leurs colossales opérations; c'est, à côté de la société collective, l'extension qu'ils donnent à la commandite pour appuyer leur aristocratie financière sur la démocratie des petits capitaux. Florence était en quelque sorte dans leurs mains, par ces nombreuses commandites dont ils étaient le centre, et par lesquelles ils faisaient rayonner au loin tous les bénéfices du commerce intérieur et extérieur. Commanditaire intéressée à leur bonne et à leur mauvaise fortune, la ville était ébranlée par leurs revers et vivifiée par leurs succès. Je me trompe en disant la ville; je devrais dire l'Italie; car la haute Italie, la Toscane, les États romains, se tenaient ensemble par les liens d'un crédit commun. Et ceci explique pourquoi l'opinion publique, au delà des Alpes, était que le pape était de connivence avec les Lombards (5). Si les historiens de Florence ont pu avancer avec orgueil (6) que les compagnies florentines alimentaient le commerce de toutes les nations chrétiennes, c'est que la commandite les avait faites aussi grandes que le monde commercial, qu'elles pouvaient embrasser de leurs puissants capitaux.

Une autre combinaison de la commandite se révèle dans l'étude de leur pratique. S'il se présentait une opération qui offrît de bonnes chances, mais dont les compagnies ne voulussent pas prendre la gestion, alors elles quittaient le rôle de commandité pour prendre celui de commanditaire. Elles mettaient en avant un gérant qui conduisait l'affaire sous son nom, et qu'elles soutenaient de leur crédit et de leurs fonds (7). C'est ce qui arrivait quelquefois pour la ferme des impôts de la cour de Rome. Les plus grandes maisons, les plus grands noms de l'Italie, étaient intéressés dans la ferme : les Monti, les Grimaldi, les Pallavicini, les Farnèse, les Negrosi (8), etc. L'opération était répartie, par la voie de la société en commandite, ou de la participation, dans un nombre considérable de mains entre lesquelles les éventualités venaient se partager. La grande question de jurisprudence qui fut agitée au XV[e] et au XVI[e] siècle fut de fixer la véritable position de ces commanditaires ou participants, par rapport aux tiers qui avaient traité avec le gérant. Les livres des docteurs italiens en sont remplis.

Dans leurs excursions au delà des monts, les compagnies florentines ne manquèrent pas d'apporter avec elles l'usage de la commandite, auxiliaire précieux des spéculations étendues. « Lesdits marchands italiens, dit Louis le Hutin « dans son ordonnance du 9 juillet 1315 (9), lesdits marchands italiens, pour *change, commande,* « et quelques autres contrats, qu'ils facent en-« semble l'un avec l'autre, ne seront par nous « ou par nos gens repris ou reprochiés des cas « d'usure (10). » C'était le temps où la royauté du fils de Philipe le Bel réagissant contre la politique

(1) Voy. le contrat de 1235, donné par MATHIEU PARIS, et rapporté ci-dessus.
(2) Idem.
(3) DUCANGE, v° *Caorsini.*
(4) Cant. XI :

> E però, la minor giron suggella
> Del segno suo, e Soddoma e Caorsa
> E chi, spregiando Dio, col cuor favella.

(5) MATHIEU PARIS, précité.

(6) J. VILLANI, lib. XI, cap. LXXXVII. Voy. ci-dessus la note 5 de la page 20.
(7) *Decis. rotæ Genuæ*, 14, n[os] 5, 6, 83, 85, 133.
(8) Idem.
(9) Art. 5 (*Ord. du Louvre*, t. I, p. 582, 584.)
(10) Sur quoi DELAURIÈRE a dit : « Voy. notre glossaire, sur *Société en commandite* et sur *Commande*, et le *Parfait négociant*, part. II, liv. I, chap. I. » On peut aussi consulter DE SISMONDI, t. IX, p. 323, 321, sur cette ordonnance et ses causes.

du règne précédent, relevait le principe féodal, abaissait les légistes, sacrifiait Marigny, et, pour faire un appel au crédit froissé par Philippe, rappelait les juifs et accordait des priviléges aux compagnies lombardes. Mais ces heureux intervalles ne devaient pas durer toujours (1). Il fallait passer encore par bien des crises pour que les gouvernements comprissent que le crédit des finances ne peut vivre que par la bonne foi. Au XVIe siècle, l'existence des compagnies lombardes paraît cependant mieux protégée. Le pouvoir semble avoir renoncé aux confiscations et aux exils; il ne songe qu'à l'emploi de formes utiles pour protéger les sujets français contre les piéges que les étrangers leur tendaient, en dissimulant leurs sociétés. Ceci est remarquable; c'est de là qu'est sorti, en France, le système de la publicité des sociétés commerciales, système établi d'abord contre les fraudes des Italiens, étendu ensuite à toutes les sociétés de commerce entre nationaux, et qui, tour à tour réclamé par les négociants et éludé dans leurs pratiques, n'a été définitivement constitué que par le code de commerce. Nous traiterons ce point dans le cours de cet ouvrage avec des détails qui ne sauraient trouver leur place ici.

Avant de quitter ces origines reculées de notre droit, j'ai voulu savoir si la société s'y était produite avec le cortége de l'action industrielle. Cette question m'a paru d'autant plus importante, qu'on n'est pas d'accord sur l'époque à laquelle les sociétés ont commencé à diviser leur capital social en actions. Brillon semble croire que les actions n'ont fait en France leur apparition qu'avec le système de Law (2); et c'est une grande erreur. D'autres, mieux instruits du mouvement commercial du XVIIe siècle, les reportent à la fin du XVIe; ils citent la compagnie des Indes orientales d'Amsterdam de 1602, comme la première qui se soit constituée en société par actions (3). Mais je crois l'idée beaucoup plus ancienne. Il est bien vrai que c'est au XVIIe siècle que l'action industrielle s'est plus distinctement classée dans le nombre des valeurs en circulation, et qu'elle a pris définitivement les caractères d'une monnaie courante. Auparavant, l'action était plus embarrassée dans sa marche; on ne voit pas qu'elle se transmît de la main à la main; elle prenait, dans la cession ordinaire, les formes de sa transmission. Mais au fond, la théorie de l'action, se distinguant du capital social, ayant une existence divise quand le tout reste indivis, cessible quand le fonds de la société ne doit pas être cédé, laissant entrer et sortir des sociétaires nouveaux et anciens, sans que le lien social en soit altéré; cette théorie, dis-je, est de beaucoup antérieure à la fin du XVIe siècle. D'abord, sous le pontificat de Paul IV, qui régna de 1555 à 1559, je vois (4) la forme des impôts des États du pape divisée par actions; je vois le duc Horace Farnèse vendre trois de ses actions; Baudouin de Monte en vendre également trois (5), et cette opération est mentionnée dans la jurisprudence de la rote de Gênes comme un acte des plus naturels et des plus fréquents, et qui en lui-même ne soulève aucune objection. Il se lie donc à une pratique plus ancienne.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que le plus ancien exemple que j'en aie trouvé se rattache à une société purement civile; et ce fait vient à l'appui d'une opinion, qui sera plus d'une fois reproduite plus tard, et qui consiste à soutenir qu'il ne faut pas considérer la division d'un capital social en actions comme une conception commerciale; car elle appartient tout aussi légitimement aux sociétés civiles qu'aux sociétés de commerce.

Il existe à Toulouse des moulins à blé, que

(1) Voici, par exemple, une ordonnance de *Jean II*, du 18 juillet 1353, par laquelle il rappelle et confirme les rigueurs de son père Philippe VI contre les Lombards : « Quoniam nuper ad « nostrum devenerat auditum, qua sumpta occasione, ex eo quod « carissimus dominus et genitor noster, dum viveret, advertens « regnum suum et ipsius subditos per usurarum voragines, quas « *Lombardi*, *Italici*, *ultramontani* et alii in eodem regno longis « temporibus exercuerant et exercebant, contra prohibitiones et « ordinationes regias, fuisse ac fore multipliciter depressos ac « etiam depauperatos; et propter hoc volens eosdem *usurarios* « ab exercitio hujusmodi in ipso regno omnino repellere, ac in- « demnitati regni et subditorum in futurum obviare, societates « *Scaramporum*, *Angoissolorum*, ac *Falctorum*, et *Thomam le* « *Bourguignon*, ac omnes alios forenses, TAM SOCIETATES QUAM « SINGULARES PERSONAS *Lombardorum*, *Italicorum*, *ultramonta-* « *norum*, fecerat denunciari et super hoc conveniri, *omniaque* « *bona tam mobilia quam immobilia, et debita pignora*, ad manum « suam apponi et teneri... Contra quas quidem societatum « *Scaramporum*, *Angoissolorum*, ac *Falctorum*, et *Thomas le* « *Bourguignon*, ac eorum socios et favitores (fauteurs), adeo in « curia parlamenti extitit processum. »

Les Scarampi, les Angoissoli, étaient les marchands qui donnaient leurs noms à ces sociétés. Philippe VI les avait expulsés violemment, et l'Italie avait ressenti le contre-coup de ces mesures extrêmes, comme nous l'avons appris par JEAN VILLANI. On voit aussi par la Chronique de MATHIEU VILLANI (lib. I, cap. LXXVI), que cette fuite des marchands italiens appauvrit beaucoup la France; le roi Jean confirma ces rigueurs. Cette ordonnance de 1353 est une triste preuve de ces persécutions (*Ordonn. du Louvre*, t. II, p. 523). On peut consulter les ordonnances du même roi, d'avril 1350 (tome II, p. 418), et juin 1351 (t. II, p. 441).

(2) Vo *Action*, nos 12 et 98.

(3) FRÉMERY, *Études sur le droit commercial*, p. 55.

(4) STRACCHA, *Decis. rotæ Genuæ*, 14, nos 5, 6, 83, 85, 133.

(5) « Probatur etiam ex instrumento transactionis factæ cum « reveranda camera, tempore Pauli IV, quæ fuit a Grimaldis ap- « probata; probatur pariter scientia Grimaldorum ex instru- « mentis acquisitionis *portionum III* ducis Horatii Farnesii, « et III Balduini da Monte. » (STRACCHA, *loc. cit.*, n° 5.)

Belleforet représente comme les plus beaux de la France (1); ils remontent à la plus haute antiquité. L'un d'eux, le moulin du Basacle (2), fut concédé au XII[e] siècle, par le prieur de la Daurade, à une société, dont les membres sont nommés dans les anciens titres, *pairiers* ou *pariers* (3); mot synonyme de participants. La valeur totale de l'usine fut divisée en un certain nombre de parts, que l'on distribua entre tous les associés suivant le montant de leur intérêt; ces parts reçurent le nom d'*uchaux* ou *saches*, mesure de capacité usitée à Toulouse, et qui, probablement, représentait primitivement le produit en nature et en mouture de chaque part.

Les pariers avaient éprouvé, pour certains travaux de construction, des difficultés nombreuses de la part du prieur de la Daurade. Les différends avaient commencé en 1177, ils s'étaient prolongés jusqu'en 1190; et il paraît que, malgré des arbitrages et des transactions, ils s'étaient réveillés, dans le XIII[e] et au commencement du XIV[e] siècle. C'est alors que les pariers, pour consolider leur propriété, firent entrer le roi Charles V dans leur société, et lui offrirent en don un *uchau*, que le roi accepta. Aussi, dans des lettres patentes données à Paris, le 24 août 1365, Charles V se dit-il participant et parier du moulin du Basacle. « Ad » supplicationem Bajulorum et partionariorum » molendinorum Basacli Tolosæ, *quorum* nos » *particeps et partionarius sumus*. »

L'administration de l'entreprise était confiée à des syndics appelés *Bajuli*. Plus tard, elle reposait dans les mains d'un syndic, de douze régents et d'un trésorier, nommés par les pariers en assemblée générale (4). Les bénéfices étaient partagés entre les associés dans la proportion du nombre d'uchaux que chacun d'eux possédait dans l'entreprise.

Qu'était-ce que ces uchaux? pas autre chose que des actions. Cela est si vrai qu'à l'heure qu'il est, l'organisation du Basacle s'étant maintenue sans interruption et sans changement notable dans sa forme originaire, l'*uchau* est considéré par les détenteurs comme équivalant à une action dans une entreprise industrielle. Aussi, quand l'industrie actuelle veut créer des établissements de mouture à l'image du Basacle, elle appelle action ce que la société du Basacle appelle uchau (5). L'uchau est cessible et il l'a toujours été. Ceux qui veulent sortir de la société vendent leur uchau; ils peuvent le vendre par partie, par demi-uchau, quart d'uchau; car, par une coutume immémoriale, l'uchau est divisible indéfiniment, au gré du propriétaire. On reconnaît encore là les coupons d'action. Du reste, l'usage a toujours été de vendre l'uchau par acte public.

Le moulin du Basacle n'est pas le seul qui soit constitué sous ce régime d'association. Le moulin du château Narbonnais, qui n'est pas moins ancien dans la ville de Toulouse que le moulin du Basacle, est représenté également par une valeur qui, de tout temps, a été divisée en uchaux et demi-uchaux, cessibles à volonté. On évalue à plus de trois cents le nombre des actionnaires intéressés dans les deux moulins.

Enfin, il paraît que Moissac, si renommé par ses belles moutures, possède un moulin dont l'exploitation en société est, dit-on, plus ancienne encore que la société du Basacle; les actions n'y sont pas nommées *uchaux* comme à Toulouse; elles portent le nom de *meules*. A Montauban, on les nomme *rases* : toutes ces dénominations diverses, expressions de la même idée, attestent la haute antiquité de ces combinaisons. Cette langue du moyen âge qui se conserve encore pour rendre des situations aujourd'hui usuelles dans la constitution de l'industrie, prouve que ces situations n'ont de moderne qu'une plus grande généralisation, mais qu'elles sont très-antiques par l'origine. Notre mérite est d'en avoir compris l'utilité pratique, de les avoir perfectionnées et étendues; mais nous n'avons pas l'honneur de les avoir inventées.

A la fin du XV[e] siècle et au commencement du XVI[e], les découvertes des grands navigateurs, dans les Indes orientales et occidentales, marquent pour le commerce l'ère des temps modernes. Des débouchés, jusqu'alors inconnus, viennent solliciter et exciter l'industrie européenne, tandis que les produits des Indes, versés sur nos marchés, agrandissent la matière des échanges. L'or du nouveau monde, en se répandant à grands flots dans l'ancien continent, élève les valeurs vénales et change les rapports de la marchandise; le prix des valeurs s'accroît, et l'intérêt de l'argent diminue (6). Les capitaux circulent avec activité; ils se fixent aussi dans un plus grand nombre de mains, et la richesse mobilière acquiert de l'importance et de la considération. Les capitalistes ne sont plus nécessairement des juifs ou des Lombards,

(1) *Cosmographie*, t. II, sur Toulouse.
(2) Du mot *vadum*, gué.
(3) « *Parerii*, dit DUCANGE, v° *Pares*, qui unius prædii seu » feudi domini simul sunt, id est, *participes*. — *Parieri*, *parti-* » *cipes*. »
(4) CHAMPIONNIÈRE rapporte une décision de la régie de l'enregistrement, qui fournit ce dernier renseignement (t. IV, n° 3637).
(5) Voy. *infrà*, n° 971, l'espèce d'un moulin créé à Montauban.
(6) MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, liv. XXII. ch. V et VI,

c'est-à-dire, des hommes voués à l'exécration publique; l'usure perd de son âpreté; la finance est moins décriée; le négoce fait moins déroger. En même temps, la marine prend un essor qui n'a plus de bornes; l'esprit d'aventure remue les populations; on s'embarque pour s'enrichir, pour coloniser, pour convertir. L'intérêt et les idées s'associent dans cette irruption, qui va jeter des empires florissants là où l'ancienne Europe ne voyait que le néant.

Les sociétés qui, au XVI[e] siècle, se formèrent en France pour entrer dans ce mouvement d'expansion furent l'ouvrage des individus; et bien que François I[er] ait cherché à exciter ses sujets à se porter vers le Canada (1), ni son gouvernement, ni celui de ses successeurs, n'intervinrent directement dans l'organisation de ces entreprises. Vers 1540, un gentilhomme picard, Roberval, conduisait au Canada une florissante colonie (2). Vingt ans auparavant, les trois frères Parmentier, après avoir découvert le cap Breton et l'île de Fernambouc, avaient poussé leur commerce jusqu'en Guinée et aux Moluques (3). Dans le même temps, deux négociants de Marseille, Thomas Linché et Carlin Didier, formaient une société pour faire la pêche du corail sur les côtes de Barbarie, et y fondaient en 1561 le bastion de France, avec la permission des chefs du pays. Enfin, des marchands de Dieppe s'associaient pour entreprendre le négoce des côtes d'Afrique et y créer des établissements (4).

Mais au XVII[e] siècle, sous le ministère du cardinal de Richelieu, le gouvernement commença à comprendre qu'il y avait un rôle à remplir pour lui dans ces conquêtes de la France au delà des mers; et c'est sous l'autorité du roi, et en vertu de lettres patentes, que se formèrent désormais les associations privilégiées qui allaient prendre possession de terres immenses, fonder des villes, et régir en souveraines de vastes colonies.

En 1626, Louis XIII autorisa la compagnie de Saint-Christophe, à laquelle nous devons nos îles des Antilles, la Martinique, la Guadeloupe, Saint-Domingue, etc., etc. Ses propriétés équivalaient à des royaumes. Mais elle ne put ou ne sut les garder. Appauvrie au milieu de ces riches domaines, dont le commerce hollandais accaparait tous les produits, elle fut obligée de les vendre. C'est chose curieuse que de la voir mettre en vente, et aliéner, au profit des chevaliers de Malte, Saint-Christophe, la Martinique, Saint-Domingue, à peu près comme un particulier se défait d'un champ et d'un pré; puis les chevaliers de Malte, meilleurs gentilshommes qu'habiles marchands, revendre au roi ces régions dont le commerce seul pouvait tirer parti.

En 1628, Louis XIII autorisa une nouvelle compagnie, celle de *la Nouvelle-France*. Elle était composée de cent associés, et son but était de soutenir les colonies du Canada et d'en établir de nouvelles; le roi lui accordait, sous la condition de foi et hommage, la propriété de Québec et de tout le pays, le droit d'élever forteresse, d'avoir artillerie, de peupler, de coloniser.

En 1642, vingt-quatre particuliers, négociants et autres, s'unirent pour constituer la compagnie d'Orient; Rieaut, capitaine de marine, obtint pour eux le privilége du roi.

Mais les troubles de la Fronde réagirent sur ces établissements lointains; ils tombèrent en décadence.

Toutefois, l'esprit français ne se découragea pas; la compagnie de Cayenne se forma en vertu de lettres patentes de Louis XIV, de 1651. De nombreux associés, de grands capitaux, de grandes vues, présidèrent à sa constitution; elle avait à sa tête des hommes entreprenants, dévoués, remplis d'intelligence et d'idées de civilisation. Mais tous les malheurs vinrent l'assaillir à sa naissance, au moment où l'expédition s'embarquait, vis-à-vis les Tuileries, l'abbé de Marivaux, l'un de ses chefs les plus éclairés, tomba dans la Seine et se noya; pendant la traversée, l'insubordination mit le désordre parmi les passagers. On arriva enfin; mais déjà une triste fatalité pesait sur l'entreprise; elle ne fut point heureuse. On leur doit cependant notre colonie de Cayenne.

Enfin, en 1664, Colbert, voyant la prospérité de la compagnie hollandaise des Indes, fut jaloux de doter la France d'une institution si utile au commerce. C'est sous ses auspices que les compagnies des Indes occidentales et orientales furent organisées.

La compagnie des Indes occidentales reçut dans son sein les débris des compagnies de Saint-Christophe, de Cayenne, du Canada. Le roi fournit le dixième de son capital social (5), il lui concéda en toute propriété, justice, seigneurie, les Antilles, le Canada, l'Acadie, les îles de Terre-Neuve, Cayenne, tout le pays depuis la rivière

---

(1) SAVARY, *Dict. du comm.*, v° *Compagnie*. Il cite des édits de 1537 et 1543, que je n'ai pas trouvés dans les collections et dans les archives.

(2) Idem.

(3) SAVARY, *Dict. du Comm.*, v° *Compagnie*.

(4) Idem.

(5) VOLTAIRE, *Siècle de Louis XIV*, page 66; SAVARY, v° *Compagnie*.

des Amazones jusqu'à l'Orénoque; elle fut investie du droit d'y faire seule le commerce; quarante-cinq vaisseaux marchands, équipés à ses frais, sillonnaient pour elle les mers; elle avait des villes, des forteresses, des armées. Mais dix ans suffirent à peine à son existence : le roi, voyant qu'elle ne pouvait se soutenir, racheta toutes ses terres, et remboursa toutes ses actions.

La compagnie des Indes orientales, objet des mêmes espérances, eut de moins tristes résultats. Le roi et Colbert y étaient associés; son capital, divisé en actions de mille livres et de mille cinq cents livres, fut porté à plusieurs millions. Le roi versa six millions; la reine, les princes, la cour, fournirent deux millions; les tribunaux supérieurs douze cent mille livres; les financiers deux millions; le corps des marchands six cent cinquante mille livres (1). Elle avait en propriété l'île de Madagascar, et plusieurs vaisseaux de ligne et navires marchands.

Mais Madagascar, qu'on avait représenté comme un pays d'abondance et de délices, était habité par une population féroce et intraitable. L'air y était mortel; il fallut lutter contre l'inclémence du ciel et l'hostilité des indigènes. A ces mécomptes vinrent se joindre les infidélités d'agents éloignés qui trompèrent la confiance des directeurs établis à Paris. La compagnie, obligée de quitter Madagascar et de se transporter à Pondichéry, alla en déclinant; ses actions tombèrent au quart. Elle reprit cependant un peu de vigueur en 1687 et 1691; car elle fit à ses actionnaires deux répartitions montant ensemble à 30 p. °/₀ (2). En 1694, la prise de Pondichéry par les Hollandais fit retomber la compagnie dans la langueur; ce ne fut que sous la régence qu'elle prit de nouvelles forces (3).

D'autres compagnies dirigèrent leurs vues vers l'Afrique.

Celle du Bastion de France fut autorisée en 1678 pour la pêche du corail;

Celle du Sénégal, dans la même année, pour le commerce de la gomme;

Celle de Guinée en 1685 pour le commerce de la poudre d'or, de l'ivoire, et pour la traite des noirs (4). Cette dernière fut la seule qui ne fut pas ébranlée par les guerres de Louis XIV et les crises du commerce. L'exportation des nègres pour l'Amérique française et espagnole, entretint l'activité de ses opérations et la source de ses profits.

Tels furent les efforts tentés dans le XVIIe siècle pour la colonisation; ces essais ne furent pas toujours heureux pour la France : le résultat ne répondit pas à l'idée. Mais l'idée était grande et neuve. La colonisation n'est plus une entreprise militaire, conduite par l'épée et soutenue par des légions; c'est une œuvre pacifique et commerciale : le but est moins de conquérir, que de s'étendre par le négoce et pour le négoce; on ne lève pas des armées, on enrôle des sociétés de marchands. Le belliqueux Louis XIV, lui qui a dit en mourant : « J'ai trop fait la guerre, » ne veut pas de la guerre pour coloniser; il aime mieux des comptoirs que des camps, des compagnies d'actionnaires que des régiments. Continuateur de Richelieu pour la destruction de la féodalité, il crée, comme cet habile ministre, de grands fiefs pour le commerce; il lui donne le droit de faire trafic des îles et des royaumes, sous la condition de foi et hommage; et la société commerciale ne régit pas seulement de grandes affaires, elle régit de grands empires. C'est cette belle conception qui a fait dire à Montesquieu (5) : « Il y a des peuples qui se sont conduits avec « tant de sagesse, qu'ils ont donné l'empire *à des « compagnies de négociants*, qui, gouvernant les « États éloignés uniquement pour le négoce, ont « fait une grande puissance accessoire sans em- « barrasser l'État principal. » Si la France n'a pas tiré de cette idée tout le parti convenable, il faut s'en prendre à d'autres causes qu'à l'idée même; car on sait ce qu'elle a produit entre les mains de la Hollande et de l'Angleterre.

Quoi qu'il en soit, reconnaissons que l'esprit d'association a reçu de Louis XIV une énergique impulsion, et ce prince a pu dire avec orgueil dans le préambule de son ordonnance de 1673 sur le commerce :

« Nous avons, depuis plusieurs années, ap- « pliqué nos soins pour rendre le commerce flo- « rissant dans notre royaume; c'est ce qui nous « a porté premièrement à ériger parmi nos sujets « *plusieurs compagnies*, par le moyen desquelles « ils tirent présentement des pays les plus éloi- « gnés, ce qu'ils n'avaient auparavant que par « l'entremise des autres nations. »

Cette ordonnance de 1673 contient elle-même un titre qui traite de la société de commerce; elle a été très-utile à notre code de commerce. Avant et après elle, et dans le cours du XVIIe siècle, la France est entrée dans des entreprises qui lui ont

(1) VOLTAIRE, *Siècle de Louis XIV*, p. 66.
(2) SAVARY, vº *Compagnie*.
(3) VOLTAIRE, t. XVII, p. 60.
(4) SAVARY, vº *Compagnie*; MONTEIL, *Histoire des Français des divers états*, t. VII, p. 166, chap. *des Actionnaires*.
(5) *Esprit des lois*, liv. XXI, ch. XXI.

fait comprendre la puissance de l'association et le jeu de ses ressorts. Les trois grandes espèces de sociétés sur lesquelles l'association commerciale pivote aujourd'hui, quel que soit le nom qu'elles aient eu, ont pénétré alors dans la pratique; elles ont fonctionné avec avantage, et le législateur moderne, plus classificateur qu'inventeur, a eu peu de chose à faire pour leur donner plus de régularité, et les soumettre à un ordre plus précis. D'abord, les sociétés ont entrepris de vastes travaux de dessèchement : c'est par là qu'elles ont ouvert le XVII[e] siècle, sous la direction de Sully, qui aima mieux l'agriculture que l'industrie (1); puis, elles ont colonisé; et, soutenues par Richelieu et Colbert, elles ont porté dans le nouveau monde la civilisation, le commerce et l'influence de la métropole; ensuite, elles sont venues au secours de la marine, tantôt en armant des vaisseaux (2), tantôt en protégeant la navigation contre les dangers de la mer. Je citerai la compagnie d'assurance contre les risques maritimes, due à Louis XIV (3). Enfin, elles se sont appliquées à l'industrie et à la fabrique; c'est à une société qu'on doit les premières manufactures de glaces, dont les produits surpassèrent bientôt ceux de Venise (4). Dans toutes ces sociétés, et autres qu'il serait infini d'énumérer, le capital social est divisé en actions; l'action industrielle est désormais acceptée comme une valeur spéciale, comme un placement ayant ses avantages particuliers. Écoutons un auteur qui écrivait au commencement du règne de Louis XV, Melon, dans ses *Essais politiques sur le commerce* (5) : « La circulation des fonds est une des grandes « richesses de nos voisins; leurs banques, leurs « annuités, *leurs actions*, tout est en commerce « chez eux. Les fonds de notre compagnie se- « raient comme morts, dans le temps que les « vaisseaux les transportent d'une partie du « monde dans l'autre, si par la représentation « des actions sur la place, ils n'avaient une se- « conde valeur, réelle, circulante, libre, non « exigible, et par conséquent non sujette aux « inconvénients d'une monnaie de crédit, et en « ayant néanmoins les propriétés essentielles. « Nous ne prétendons pas dire que l'actionnaire « soit plus utile à l'État que le rentier; ce sont « des préférences odieuses de parti, dont nous

---

(1) Henri IV, avril 1599 (ISAMB., t. XVI, p. 213). En voici l'extrait :

Le plus grand gain des peuples procède de l'agriculture.

Donc, la paix régnant, nous avons voulu donner à nos sujets le moyen d'augmenter ce trésor.

Sachant qu'en plusieurs de nos provinces et pays, *le long des mers de l'un et l'autre côté*, des grosses et petites rivières, et autres endroits, il y a grande quantité de palus et de marais, qui tiennent le pays désert et incommodent les habitants, lesquels, s'ils étoient desséchés, pourroient servir au labour et au pâturage.

Pour à quoi parvenir, ne s'étant trouvé aucun de nos subjets qui nous en ait fait offre, soit à raison des grandes difficultés, risques et dépenses, soit autrement,... et pour obvier aux grandes inondations qui adviennent souvent, ruinent plusieurs terres et maisons, voire des villages entiers, comme il est, à notre grand regret, naguère advenu en nos provinces de Poictou, Bourdelois, Saintonge, Bretagne et autres;

Sur l'avis qui nous a été donné de la grande suffisance, expérience et pratique de notre bien-aimé le S. Honfrey Bradley, de Bergues-sur-le-Ron, au duché de Brabant, l'avons fait venir...

Il a examiné les lieux;

Il se charge du dessèchement à ses frais, coûts, risques et périls;

A des associés.

Le roi lui donne, ainsi qu'à sa société, *la moitié des terres* desséchées et mises en valeur.

Il s'entendra avec les propriétaires.

La majorité fera loi à la minorité.

Autre édit de 1607 de Henri IV (ISAMBERT, p. 313), qui confirme le précédent.

Bradley s'est mis en devoir d'exécuter, mais a été arrêté par traverses, procès, opposition et procédure.

Bradley s'est associé avec des personnes de qualité, de mérite, d'industrie, *et de grands moyens*, entre lesquels *Hierosme de Cosmans*, notre conseiller et maître d'hostel ordinaire, Marc de Cosmans, les enfants de défunt Gaspard de Cosmans, *gentilshommes du pays de Brabant;* François de Laplanche, *gentilhomme flamand*, et Hierosme Vanuffle, gentilhomme brabant, tant pour eux que pour leurs autres associés.

Ils sont résolus à poursuivre leur entreprise, à mettre ces marais en culture; à y faire bâtir des maisons, villages; y faire venir de familles de Flamands, Hollandais et autres étrangers, pour faire valoir ces terres.

Confirme l'édit de 1599 et règle les profits attribués à Bradley et *à l'association*.

Avons l'association pour agréable; *permettons à tout noble et ecclésiastique d'y entrer sans déroger*.

Permettons l'introduction des bestiaux étrangers, pour en peupler lesdits marais desséchés.

Accordons aux familles le privilége pendant vingt ans de faire seules le fromage à la *manière de Milan*, turbes et houilles de terre propres à brûler, comme aussi d'y faire venir des cannes à sucre, du *ris*, de la garance.

Au surplus, nous parlerons plus bas de l'Association du Trehon en 1563, et du traité fait en 1642, avec Van Ens.

(2) L'ordonnance de Louis XIII, de 1629, ordonna que tous les gentilshommes qui, par eux ou par personnes interposées, entreraient *en part et sociétés de vaisseaux*, ne dérogeraient pas à la noblesse.

(3) J'en parle *infrà*, sur le comm. de l'art. 1842, paragraphe *de la société en commandite*.

(4) Octobre 1665, sous le ministère de Colbert, lettres patentes qui accordent à Nicolas Dunoyer le privilége exclusif pour vingt ans de *souffler* des glaces, avec la faculté de *s'associer* pour cette entreprise qui bon lui semblera, noble, ecclésiastique ou autre, sans déroger.

Dunoyer associa à son privilége Rauchin, de Saint-Maurice et Poquelin (voy. SAVARY, *Dict.*, v° *Glaces*).

Le 14 septembre 1688, des lettres patentes donnent un privilége à la compagnie Thevart pour *couler* les glaces.

Le 19 avril 1695, les deux compagnies sont réunies en une seule, sous le nom de Plastrier. Elle fait de mauvaises affaires.

Octobre 1702, autre compagnie autorisée sous le nom d'Antoine d'Agincourt : elle recueille de grands bénéfices de ses usines établies à Saint-Gobin et près de Cherbourg (SAVARY, *loc. cit.*).

(5) Page 77.

« revenu comme le rentier le sien ; l'un ne travaille pas plus que l'autre, et l'argent fourni « par tous les deux, pour avoir une action ou un « contrat, est également applicable au commerce « ou à l'agriculture. *Mais la représentation de ces « fonds est différente;* celle de l'actionnaire ou « l'action *n'étant sujette à aucune formalité, est « plus circulante,* produit par là une plus grande « abondance de valeurs, et est d'une ressource « assurée dans un besoin pressant et imprévu. « Le contrat a des propriétés d'un autre genre « d'utilité ; le père de famille ne peut laisser sans « danger des actions à des héritiers mineurs, « souvent dissipateurs ; il laisse des contrats qui « ne sont pas sujets au vol et dont on ne peut pas « se défaire de la main à la main. Ces contrats « assurent et manifestent les biens d'une famille, « procurent du crédit et des établissements. Enfin, « *il est bon qu'il y ait en France de ces deux espèces « de fonds,* selon le génie et le talent de chacun, « et *il paraît également pernicieux de vouloir tout « réduire à l'un des deux.*

« L'annuité est un papier commun en Angleterre, qui participe également du contrat, de « l'action et de la rente tournante. Elle a, comme « le contrat, un revenu fixe sur des droits aliénés ; elle a, comme *l'action*, la *faculté* d'être « *négociée de la main à la main, parce qu'elle est au « porteur;* elle a, comme la rente tournante, un « remboursement annuel sur le capital jusqu'à « extinction. »

Ainsi parle Melon. On ne tiendrait pas aujourd'hui un langage plus raisonnable. C'étaient alors Amsterdam et la Hollande qui faisaient le commerce le plus important sur les actions. La bourse, gouvernée par de bons réglements et une sage police, était constamment occupée par une vicissitude d'achats et de reventes, qui produisait des bénéfices considérables (1).

Au XVIII[e] siècle, le crédit français fut soumis à une grande épreuve. La fameuse banque de Law, constituée en société par actions (2), acquit le privilége de la compagnie des Indes orientales, et se chargea en même temps des fermes générales du royaume (3). Toutes les finances de l'État, dit Voltaire, dépendaient d'une compagnie de commerce (4).

Les actions de cette compagnie eurent d'abord un succès qui tint de la fureur. Elles montèrent à vingt fois au delà de leur valeur première. La circulation des billets doubla, quadrupla la richesse nationale, et le commerce des actions dans la rue Quincampoix improvisa des fortunes immenses. Jamais la confiance dans le crédit n'avait été si aveugle ; jamais l'agiotage n'avait été poussé jusqu'à ce délire (5).

On sait ce qui arriva. Le système de Law s'écroula sous sa propre exagération. Il ruina la France et son auteur. De ses débris il ne resta que la compagnie des Indes, qui conserva le commerce et le nom français à Pondichéry et sur les bords du Gange (6), mais qui, bien que soutenue par les efforts du trésor public, ne put réussir à donner des dividendes à ses actionnaires (7).

La frénésie du jeu des actions passa de France en Angleterre et en Hollande. On créa des compagnies de dupes et des commerces imaginaires. La banqueroute, les vols publics, les fraudes privées bouleversèrent les fortunes. Les charlatans seuls gagnèrent à ce jeu (8).

D'Aguesseau, pressentant ces désastres, écrivit un long mémoire dans lequel il essaya de prouver que le commerce de la compagnie des Indes roulait sur un gain vicieux et injuste ; qu'il était contraire au bien de l'État, en ce qu'il engendrait de fausses richesses et diminuait le nombre des travailleurs ; qu'il compromettait les fortunes privées et poussait au luxe et à l'augmentation des dépenses ; qu'il engageait la conscience des personnes honnêtes et était funeste à la bonne foi, etc., etc. (9). Envisagée au point de vue relatif au système de Law, cette dissertation est d'un jurisconsulte intègre et éclairé ; mais si l'on étendait les principes qu'elle contient au commerce des actions en général, on étoufferait le crédit sous les subtilités du casuiste timoré.

Aussi les actions sont-elles restées, dans l'organisation des sociétés, comme une combinaison utile et honnête. Les abus qui en ont été faits dans des moments de vertige n'ont pas été rétorqués contre elle par les économistes intelligents, par les négociants expérimentés ; car, au fond, le principe en est ingénieux et fécond. Avant la révolution, elles étaient dans les entreprises les plus sages, les mieux assises, les mieux famées. Il y en avait dans les mines (10), dans les canaux,

(1) SAVARY, *Dict.*, v° *Action.*

(2) Elle fut établie sur le modèle de la banque d'Angleterre ; la grande banque d'Angleterre date de 1694 : l'idée de cette institution commerciale vient de Venise.

(3) VOLTAIRE, t. XVII, p. 264.

(4) Idem.

(5) SAVARY, v° *Action* ; VOLTAIRE, *loc. cit.*

(6) VOLTAIRE, p. 269 et 460.

(7) Maintenant le pavillon français a disparu des mers de l'Indostan.

(8) VOLTAIRE, t. XVII, p. 270.

(9) T. X de ses œuvres, p. 179 et suiv.

(10) Arrêt de Liége, dans la collection DALLOZ, v° *Société*, p. 141. Édit de février 1722, qui autorise l'établissement d'une

dans les manufactures d'armes (1), dans les fabriques de glaces (2), dans les armements de navires (3), dans les exploitations de voitures publiques, dans les sous-fermes (4), etc., etc.

Nous voici en présence de la révolution de 1789. Comme la plupart des grandes compagnies étaient investies de priviléges dans telle ou telle branche de commerce, les nouveaux principes de liberté commerciale portèrent atteinte à leur prospérité.

La Convention ne leur fut pas favorable. Sa main terrible s'appesantit sur les compagnies de finance.

Mais, à la renaissance d'un ordre de choses moins violent, les mêmes besoins ramenèrent les mêmes combinaisons. Le code civil et le code de commerce trouvèrent d'imposantes sociétés, organisées dans des conditions très-variées pour de grandes manufactures, pour des entreprises lointaines, pour les armements maritimes (5). Et, par exemple, l'action industrielle était une valeur tellement accréditée, que le code civil a cru nécessaire de porter une disposition spéciale pour la classer parmi les meubles, suivant la doctrine professée autrefois par l'avocat général Joly de Fleury, et consacrée par les arrêts des parlements. Les sociétés collectives et en participation, les sociétés en commandite divisées par actions (6), les compagnies d'actionnaires dont on a fait plus tard les sociétés anonymes, toutes ces formes de la société étaient en possession du commerce de terre et de mer; et, sans avoir l'activité qu'une longue paix a donnée aux entreprises commerciales, elles s'exerçaient sur un champ qui était loin d'être dépourvu de fécondité.

J'ai cependant lu dans les débats d'une de nos grandes assemblées politiques, qu'en 1806, époque placée entre le code civil et le code de commerce, et où fut promulgué le code de procédure civile, *les actions industrielles et commerciales n'existaient pas; qu'on n'en connaissait même pas le principe* (7). Et ces propositions n'ont pas rencontré de contradicteurs !

Mais quelque grande que soit à mes yeux l'autorité des jurisconsultes qui les ont émises, je ne puis cependant les accepter comme exactes. Les faits, examinés dans leur enchaînement et leur réalité, ne sauraient s'y plier. Ils démontrent qu'il y a là-dessous quelque erreur de statistique, ou quelque méprise sur une époque déjà bien éloignée de nous. La vérité est que le législateur du code civil et du code de commerce, en réglant les conditions des sociétés par actions, ne s'est pas aventuré dans une région inconnue; qu'il n'a pas basardé une innovation dont l'avenir seul a pu révéler les avantages ou les inconvénients. L'expérience avait été faite; depuis des siècles, l'institution marchait; elle avait eu ses moments de crise à côté de ses heures de prospérité; elle était passée par les principales épreuves qui peuvent éclairer la prudence du législateur. Je tiens à constater ces précédents qui mettent nos codes dans leur véritable cadre, parce que naguère, après certaines surprises de l'agiotage, les esprits émus s'en sont pris trop légèrement à la loi des erreurs des hommes. Par suite de cette idée trop répandue, que les grands faits économiques sont une nouveauté dans le droit; que l'association est un besoin tout récent du développement des intérêts commerciaux, on a cru que la loi était trop faible, trop peu méditée eu égard à l'essor immense de la spéculation moderne; on l'a accusée de s'être laissé prendre au dépourvu, de s'être laissé déborder par des circonstances plus fortes que ses étroites prévisions. Alors, au lieu de faire le procès aux intrigants devant la police correctionnelle, on a fait le procès au code devant les chambres. Les projets de réforme ont pullulé. Leur point de départ était que l'association était la grande puissance du jour, qui allait tout embrasser dans un mouvement inouï; que la commandite, sa fille privilégiée, allait attirer à elle la masse principale des capitaux, et devenir le nerf des affaires de toute espèce. Il s'agissait donc de renverser les combinaisons de notre code de commerce; d'inventer des principes nouveaux pour une ère commerciale qu'on croyait nouvelle; de donner une charte à la commandite, à cette reine ambitieuse de l'industrie, à cet agent miraculeu-

---

compagnie pour travailler aux mines du royaume (DELEBECQUE, *Traité des mines*, t. I, n° 482).

(1) *Quest. de droit* de MERLIN, v° *Action*, § 1.

(2) Id., p. 103, col. 2.

(3) D'AGUESSEAU, *Mémoire sur le commerce des actions*, p. 247.

(4) Plaidoyer de Joly de Fleury, *Quest. de droit*, *loc. cit.*, p. 103.

(5) Observ. du tribunal de commerce de Saint-Brieuc : « En temps de guerre, les corsaires ne s'arment que par actions. On est dans l'usage de former des compagnies d'actionnaires pour les grandes manufactures, pour les entreprises lointaines. » (*Analyse raisonnée des observations des tribunaux*, t. II, part. II, p. 442.)

(6) On lit à la page 19 de ce recueil : « Les entreprises maritimes pour les voyages de long cours se font souvent par *association en commandite divisée par actions.* »

(7) *Moniteur* du 30 mars 1842, séance de la chambre des pairs, p. 619, discussion sur la vente forcée des actions industrielles.

Un orateur disait : « En 1806, époque à laquelle a été fait le code de procédure, *les actions industrielles et commerciales n'existaient pas.* »

Un autre ajoutait : « Vous savez dans quel état se trouvait l'industrie en 1806; *il n'y avait pas d'actions industrielles, on n'en connaissait même pas le principe.* »

sement découvert pour régénérer l'économie commerciale. Dans tout cela, il y avait bien des choses qu'on oubliait. La première, c'est que les esprits étaient malades, et l'on prenait une fièvre passagère pour un état normal. On n'apercevait pas que, dans notre siècle, l'esprit individuel a trop d'énergie pour laisser l'association empiéter sur ses domaines et prendre la direction trop exclusive des intérêts privés; que cette faveur de la société en commandite était une œuvre factice et non une œuvre de nos mœurs, qui, je le répète, se plient difficilement au joug de l'association; qu'en un mot, toute cette agitation avait pour cause un caprice momentané, une boutade bizarre, dont la réflexion devait faire justice au bout de quelques mois d'infatuation.

« Hi motus animorum, atque hæc certamina tanta,
« *Pulveris exigui jactu*, compressa quiescent (1). »

Et c'est en effet ce qui est arrivé après l'apprentissage d'un certain nombre d'étourdis qui ont servi d'exemple au public; c'est même ce qui serait arrivé probablement plus tôt, si les rigueurs de la loi pénale se fussent sévèrement appesanties sur les auteurs de tant de projets basés sur l'imposture et sur un crédit imaginaire. Mais ce que l'on avait surtout le tort d'oublier, c'est l'histoire, dans laquelle on aurait vu que le passé n'est pas aussi petit, aussi dépourvu de grandes tentatives commerciales et de grands faits économiques, que l'on se l'imagine. Comment! nous nous émerveillons de ce que l'on met en action des mines, des fabriques, des brevets, des journaux; mais il y a deux siècles qu'on mettait en actions des îles, des royaumes, presque tout un hémisphère! Nous crions au miracle parce que des centaines de commanditaires viendront se grouper autour d'une entreprise; mais déjà, au XIVe siècle, la ville de Florence tout entière était commanditaire de quelques négociants qui poussèrent aussi loin que possible le génie des entreprises!

Puis, si nos spéculations sont mauvaises, si nous avons été téméraires, imprévoyants ou crédules, nous tourmentons le législateur de nos réclamations tracassières; nous lui demandons des prohibitions, des nullités. Dans notre manie de tout réglementer, même ce qui est déjà codifié; de tout enchaîner par des textes revus, corrigés et augmentés; de tout administrer, même les chances et les revers du commerce, nous nous écrions, au milieu de tant de lois existantes : *Il y a quelque chose à faire*. En cela encore nous ne sommes qu'imitateurs. Qu'on lise le mémoire de d'Aguesseau sur le *commerce des actions*. Il fut écrit sous le coup de la tempête, et porte l'empreinte de la frayeur. L'illustre auteur aurait pu se plaindre sans doute de ce que ce commerce, réglé dans d'autres pays par de bonnes lois, avait été livré par l'incurie du régent à toute la licence d'un jeu effronté. Mais d'Aguesseau se laisse entraîner à des idées plus tranchantes, et ses principes vont jusqu'à l'abolition même du commerce des actions; en sorte que si l'on eût dû les prendre à la lettre, il aurait fallu fermer la bourse d'Amsterdam, et ruiner le crédit de la Hollande. Bien plus! à l'heure qu'il est, il faudrait murer les portes de la bourse de Paris, ce soutien nécessaire du crédit français.

Tels sont les dangers des résolutions prises pendant la panique. Ainsi ne faisaient pas nos maîtres en matière de commerce, dont l'exemple est bon à citer, parce qu'il est bon à suivre. Quand une faillite venait consterner Florence, on murmurait en baissant la tête, et Villani blâmait avec amertume la témérité des spéculateurs; mais il ne blâmait pas la loi, innocente des écarts des hommes et des crises du commerce. Mais aussi quand les entreprises prospéraient, la fierté italienne se réveillait, et Muratori vantait le génie, l'amour des grandes choses qui inspirait le commerce de sa nation.

Heureusement que tous les projets de changements mis au jour en 1837 et 1838 avec tant de fracas, sont aujourd'hui oubliés. Le conflit des propositions, et l'anarchie des opinions réformistes ont amené des résultats négatifs. En même temps que la réaction s'opérait contre les agioteurs, le bon sens public faisait justice de tant de plans officiels d'organisation, beaucoup moins sages que la loi existante, beaucoup moins en harmonie avec les usages du commerce, beaucoup moins libéraux après 1830, que les conceptions du conseil d'État impérial (2)! Maintenant, tout est rentré dans l'ordre, et le code de commerce a conservé son intégrité, son excellente intégrité. Lorsque le commerce en a besoin, il y trouve à côté de la société collective, de la société en participation, de la société anonyme, la commandite libre, tempérée seulement par la prudence des commanditaires et par les articles du code pénal sur l'escroquerie. On ne la soumet pas à une autorisation du gouvernement, qui ne serait qu'une

(1) VIRGILE, *Georgic.*, 4.

(2) Voy. le projet de loi présenté par le gouvernement à la chambre des députés, le 15 février 1838.

confusion de la société anonyme et de la société en commandite, ces deux faces si diverses de l'esprit d'association; à une autorisation, dis-je, qui serait pour les affaires une cause de lenteur, d'embarras, de craintes, et qui d'ailleurs ne ferait que distraire l'administration de desseins plus élevés, et compromettre sa responsabilité, sans ajouter aux garanties du public. La société en commandite reste, sous le rapport de sa liberté, ce que l'a faite si justement l'empire, après une sérieuse élaboration de la question, après un scrupuleux examen des doléances des tribunaux de commerce (1). Et, d'ailleurs, est-ce donc que l'extension de l'administration supérieure aux affaires du commerce privé, est un préservatif infaillible contre la ruine des sociétés? Plus d'un établissement créé par lettres patentes a fait de mauvaises affaires (2); plus d'une société anonyme autorisée par ordonnance a fait faillite, et trompé le gouvernement et les tiers (3). L'intervention de Colbert dans la compagnie des Indes, n'a pas empêché les faiseurs de prospectus et les vendeurs d'actions, de vanter la terre promise de Madagascar, la salubrité de son climat, la richesse intarissable de ses produits (4). Dans l'ancien régime, c'était le gouvernement qui accordait les permissions d'exploiter les mines, et néanmoins combien de fois n'a-t-on pas vu l'agiotage souiller l'émission de leurs actions (5)! La banque royale était dans la main du duc d'Orléans; on sait cependant les fraudes de la rue Quincampoix!

La commandite jouit donc, grâce au code de commerce, de la liberté qui lui est nécessaire, et qui l'a rendue si florissante entre les mains des négociants de l'Italie, de nos armateurs, de beaucoup d'industriels prudents, qui travaillent sans bruit, et dédaignent les forfanteries de l'agiotage. Elle conserve aussi ses actions nominatives ou au porteur; car le commerce en a consacré l'usage par une pratique qu'on peut d'autant moins lui enlever, que ce sont des valeurs qui augmentent la circulation et ajoutent à la richesse publique. Quant à moi, je m'applaudis de ce *statu quo*. Convaincu, comme je le suis, que notre loi sur les sociétés civiles et commerciales est le fruit d'une longue expérience; qu'elle a été mûrie par les épreuves les plus décisives, par les combinaisons pratiques les plus variées et les plus ingénieuses; qu'elle est la formule de tout ce que le passé a accumulé de faits considérables, en économie et en industrie, j'ai foi en sa sagesse; et quoique je reconnaisse en elle quelques défauts secondaires, je ne me laisse pas aller à des désirs de changement plus rétrogrades que progressifs; je me contente d'en appeler à la jurisprudence pour tous les cas où il lui est permis de corriger des contours vicieux, des traits sans harmonie. Si ces observations sont de nature à répandre cette conviction; si elles peuvent environner la loi du respect dont elle a besoin pour demeurer stable dans l'esprit de la nation, cette dissertation ne sera pas un hors-d'œuvre, et l'histoire qui en fait la base apparaîtra comme quelque chose de plus sérieux qu'un ornement scientifique.

P. S. J'ai réuni dans ce travail la société civile et la société commerciale. Il n'est pas possible, en effet, d'avoir l'intelligence de l'une sans étudier l'autre. La raison en a été donnée par le tribunal d'appel d'Orléans, dans ses observations sur le code de commerce. « Le code de commerce peut « être considéré comme l'appendice du code « civil (6). »

(1) Voy. *Analyse raisonnée des cours et tribunaux.*

(2) Voy. SAVARY, v° *Glaces*, l'historique des manufactures de glaces établies par Colbert et Louvois.

(3) On en pourrait citer beaucoup: VINCENS, *Des sociétés par actions*, p. 47; WOLOWSKI, *Des sociétés par actions*, p. 21.

(4) MONTEIL, *loc. sup. cit.*

(5) Voy. le *Moniteur* du 19 novembre 1841, art. de M. Chappe, chef de la division des mines au ministère des travaux publics.

(6) Tome I, p. 217.

BIBLIOGRAPHIE[1].

§ I. — SOCIETAS.

FRANC. ALEF, diss. de casu in societate particulari præstando. *Heidelb.* 1752, 4, et in ejus dieb. academ.

JO. D'AVEZAN, tr. de societate; in MEERMANI thes. jur., t. IV.

RUDCH. BARRILI, diss. de societate. *Tub.* 1683, 4, et in ejus conclus. theoret. pract. n. 1.

GER. BACON, de societate. *Lugd. Bat.*

JO. BASTERI diss. de societate. *Helmst.* 1596, 4.

JO. FRANC. BECCELERI dissert. de societate. *Lugd. Bat.* 1705.

JO. RIELOO, diss. de societate. *Ibid.* 1697.

CHON. GTTL. BIENER, pr. (quæst. cap. LXXIV) coiri potest societas, ut unus rem pecuniamve conferat, alter operas præstet. Operar. socius lucri quidem particeps fit, sed rem pecuniamque collatam ille qui contulit, præcipuam habet. Finita societate particulari quilibet rem pecuniamve illatam recipit. Operar. socius præter ratam lucri nihil accipit nisi aliud actum sit. Per egestatem bonorumq. cessionem unius socii distrahitur societas. Duo debitor. genera in societate particulari distinguuntur, unum cujusvis socii proprium, alterum societatis et omnium socior. commune : illius creditores non sunt creditores societatis. Socii utrum creditoribus societatis pro rata, an in solidum teneantur, quæritur, atque jure rom. et commune, hoc stante societate. Statuitur illud soluta et detracta societate. Jure Sax. receptum et rer. judicatar. auctoritate firmatum fuit, socios ex contractu nomine societatis inito, in solidum obligari. *Lips.* 1820.

GUIL. BLAAE, diss. de societate. *Lugd. Bat.* 1661, 4.

JO. ANDR. BLEYMOLLERI disp. de valido societatis firmamento. *Erf.* 1701.

HENR. BOCERI diss. de societate. *Tubingæ.* 1621, 4; extat in ejus disp. jurid.

JO. ERIC. BOECKELMANN, de societate. *Lugd. Bat.* 1677.

CORNEL. BOEYE, disp. de societate. *Traj. ad Rhen.* 1714, in-4°.

PELGROM TEN OUOOVENOUTS BOENNER HACKEN, diss. de societate. *Ibid.* 1738.

GE. LUD. BOEHMER, de societate tacite contracta. Ej. Rss. n. 175.

IDEM, de jure socii circa commoda rei, olim communi, post dissolutam communionem ex nova causa advenientia. Ej. Rss. n. 201. Crit. arch. v. p. 506.

BERNH. BORGORST, diss. de societate. *Lugd. Bat.* 1693, in-4°.

JO. GENG. BOSSCHAART, de societate. *Ultraj.* 1742.

JAC. BRANDMULLERI diss. de societate. *Basil.* 1656. 4.

HER. BROCKES, *socii c. extraneo contrahentes* pro rata obligentur. Ej. obss. n. 575.

CHR. ARN. VAN DER BURCH, diss. de societate. *Ibid.* 1740.

HENR. CAMBRARII diss. de societate. *Rost.* 1596.

PET. FRANC. VANCAMPEN, diss. de societate. *Lugd. Bat.* 1746.

DE CANNGIESSER *obss.* circa societ. contr. Ej. deciss. n° 1.

IDEM, de jurib. societatum mercatium. *Ibid.* n° 85.

JO. GLB. L. B. DE CRAMER, christiano cum judæo societatem, et quidem sine expresso principis consensu, inire licet; in ejus obss. jur. univ. T. II, p. 2, n° 776.

GIC. CRAP, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1661, 4.

MART. DAYE, diss. de societate. *Ibid.* 1740.

GERH. DAPPER, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1717, 4.

ANDR. ANSELM. DAUGIN DUMESNIL, diss. de societate. *Argent.* 1751, 4.

JO. EBANTS, disp. de societate. *Ultraject.* 1735, 4.

JO. RUD. ENGAU, si quilibet sociorum operas præstat, in-

(1) Nous n'avons compris dans ce relevé bibliographique que les monographies sur la matière de la *société*. Nous donnerons ailleurs, pour éviter les redites, l'indication des traités et commentaires généraux, dans lesquels la doctrine a aussi examiné cette matière.

tuito pecuniæ, societati subministratæ, usuras illam suppeditans omnino exigere pot. Licet societas ad breve temp. inita, ob discordiam tamen socior. tempore nond. præterlapso, dissolvi pot. licet vel maximo unus vel alter dissolutioni contradicat. Ej. diss. 1, nº 516, tb. 2.

GEO. ENGELBRECHT SEN., de societatibus herili, conjugali, paterna. *Helmst.* 1678.

HULDER. AB EYBEN, disp. de societate et mandato. *Giess.* 1668, 4.

JUST. SEBAST. FABRI disp. de societate. *Argent.* 1852, 4.

JO. HENR. FELTZII diss. II, de societate. *Ibid.* 1765-1711.

HECT. FELICII, tract. de societate. *Gorichem.* 1666.

CORN. VAN GAMPEN, de societate. *Lugd. Bat.*

ED. GANS, *Kann auch. d.* socius unius rei *nur* in id quod facere pot. *verurtheilt werd?* in arch. f. civ. Prax. II, n. cf. ejusd. auctoris comment. ib. nº 31. ubi sententiam retractavit. *Ergbll.* 20, nº 127, c. 1611.

FRID. GESENII tractatio de societate, *Gryphwisie.* 1667, 4. Collocata est in ejusd. opp. T. I, p. 874-862.

GUIL. DE GILLON, de societate. *Lugd. Bat.* 1716.

PAUL GRASECK, de societate. *Argent.* 1694.

AUG. FRID. SIBISM. GAEHNII disp. de solutione nominum societatis ex communi præ aliis socii obærati debitis. *Lips.* 1769, 4.

PETR. A. GROENENDYCK disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1673, 4.

CARL. THEOD. GUTJAHR. allg. *Gesellschafter.* *Leipzig*, 1868.

JO. HANS, de societate. *Colon.* 1595.

FRANC. GABR. HAHN, diss. de societate. *Colon.* 1779.

JO. HAMPRECHTI disp. de societate. *Tubing.* 1623, 4.

B. THOB. HECKHEL, disp. de societate. *Lips.* 1617, 4.

JAC. HENNERO, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1765, 4.

JUST. HERONSIANI diss. de societate. *Alt.* 1646, 4.

JO. NIC. HERTII diss. de societate facto contracta GIESS. 1695. Extat in ejus comment. et opusc. t. III.

JAC. HESHUYSEN, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1767, 4.

HUH. VAN HEUVEN, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1685, 4.

GEORG. LUD. HOSSMANNI diss. de societate. *Argent.* 1758, 4.

VALL. GOTTL. HOMBERG, de successione liberorum in societate ex pacto paterno. *Lugd. Bat.* 1711.

CAR. FERD. HOMMEL, obs. 336. Socii tabernæ etiam ultra sortem societati illatam creditorib. tenentur.

Ejusd. obs. 370. Non est societas sed usuraria pravitas, si quis negotiatori mutuatur pecuniam, ut loco usurar. ex negotio certam lucri partem habeat.

ARN. MAUR. HOLTERMANN, de societate et mandato. *Marp.*

JO. HUICHELSON, de societate. *ibid.* 1732.

JO. GEORG. JAQUIN, diss. de societate. *Basil.* 1687, 4.

ARN. KLAVER, de societate. *Harderow.* 1738.

FR. V. KOEPPEN d. *Obrigkeitl. Behandl. d. Privatgesellschaften nach Grundss. d. staatswissensch. Lehre*, *Halle.* 1821.

GUIL. NIC. LAMPRECHT SEN. diss. inaug. de contr. societatis. *Lugd. Bat.* 1815.

NIC. LANGII dissert. de societate. *Groening.* 1641.

ARN. LEUVEN, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1716, 4.

AUG. A. LEYSER, de dissolutione societatis. Extat in ejus medit. ad. Pand. spec. 188.

IDEM, de societate inhonesta. Extat c. l. spec. 187.

JO. LIECHTENBERGER, de societate. *Argent.* 1718.

JEREM. EBERH. LINCKII positiones de societate. *Argent.* 1724, 4.

GUIL. LUDWELLI disp. de societate. *Alt.* 1631, 4.

JO. DE MALNOE, de societate. *Lugd. Bat.*

FRID. ALB. MAULII tr. de societate. Extat in thesauro Maulii. *Mogunt.* 1606, f.

PET. MAVER, de societate. *Ultraj.*

BARTH. HENR. MEINICKE, de natura et effectu societatis. *Erf.* 1732.

HENR. MEULENAELT, diss. de societate. *Ultr.* 1739.

NIC. MOZZIUS, de contractibus, societatibus, etc. *Colon.* 1585, 8. 1633-1664.

MUELLENER, ad LEYSER. socius anteq. partem suam infert in societate universali de lucro tamen participat. (T. I, fasc. 2. p. 393.)

IDEM, divisio lucri in societate, habita honor. vel operar. collatar. ratione facta inæqualis dicenda n. est. (*Id.* p. 261.)

Quat. socius contrahendo c. extraneo socium obliget. (P. 298.)

Qual. socius contra quem extraneus c. uno vel omnibus sociis inito, agit, exceptionem divisionis habeat. (P. 297.)

Si unus ex sociis foro cesserit, an reliqui socii ratione debitor. interitu societatis contractor. præ aliis creditoribus prærogativa quad. gaudeat? (P. 260.)

An societas morte semper solvatur, nec pactum de in hæredib. continuanda valeat? (P. 301).

DAN. NETTELBLADTS, *Allgemeine Betrachtungen über die verschiedenen Arten der weltlichen gesellschaftlichen Gewalt in Teutschland*, in ejus *Erörter. einig. Lehren des T. Staatsr.* nº 13.

HERM. OVERBECK, med. 155. *Wenn. in e. Societ. der eine Societäts-Genosse das dazur erforderl. Geld. herschiesst, der andere, alle Arbeit übern., das Geld ab. durch. e. Unglücksfall verlohr. geht, So sey trägt d. erste den schad.*

EOD. med. 151. *In e Societ., wo d. eine d. Geld herschiesst, d. and. d. Arbeit übern. wird d. Geld. nicht gemeinschaftlich u. folgl. nicht nach geend. Soc. getheilt.*

ALBR. ARN. PACKENSTECHER, ad. L. 69. D. pro socio. *Colon.* 1790.

MART. PAUW, de societate. *Lugd. Bat.*

ANGEL. DE PERICLIS (DE PERUSIO), de societate tam in jure civili, quam in foro conscientiæ. Tr. Tr. VI et *Paris.* 1512.

JO. PHILIPPI conclusiones ex materia societatis. *Lips.* 1659.

JAC. GEO. VAN POOLSUM, diss. inaug. de societate. *Lugd. Bat.* 1786.

POTHIER, tr. du Cont. de Société. *Paris.* 1769-1774, in-12. (Voir Traités généraux.)

GUIL. POTTEY, diss. de societate. *Traj. ad Rh.* 1688.

JO. STEPH. PUTTER, ut socius socii obligationes præstet, proband. est, aut contraxisse hunc, qua socium, aut fecisse versionem in rem. (Ej. 1. 4. Nº 129.)

JOH. REIDSII disp. de societatibus. *Lips.* 1637, 4.

SAM. RACHELII disp. de primis societatibus naturalibus earumque justo. *Helmst.* 1662, 4.

DAV. RADARI disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1714, 4.

HIER. ANR. RATH, de societate. *Ingolst.* 1598.

JOA. JAC. REINHARTRI diss. de natura et effectu societatis. *Erf.* 1732, 4.

PAUL. FRANC. ROMANI disp. de societate. Ian. 1684.

JO. DE ROTRS, de societate. *Lugd. Bat.* 1719.

NIC. SCHAGHENII diss. de societate. *Ultraj.* 1687.

CHRN. V. SCHLOSER, diss. de jure suffragii in societate æquali. *Gött.* 1795.

FRA. SCHOMANN, *üb d. condemnat.* in id quod facere potest, *wie geschieht die Rechn. bey d. sociis.* Ej. *Hob.* II, nº 4.

CORN. SCHREVELII diss. de societate. *Lugd. Bat.* 1698.

MICH. SEBASTIANI institutio societatis. *Lugd.* 1626, 4.

JO. GOTTL. SIEGEL, de creditoribus societatis privatis socii creditoribus non præferendis. *Lips.* 1725.

GUIL. HENR. VAN SCHOTLENSBUREN, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1761, 4.

THEOD. VAN SCHWASNENBURGH, de societate. *Lugd. Bat.*

O. ERBN. VON STENOLIN, *üb. gemeinnützige Gesellsch. u. der. Rechte a. d. Staate. Erfurt.* 1816.

MATTHÆI STEYN, diss. de societate. *Lugd. Bat.* 1763.

GEORG. AD. STRUVII disp. de societate. *Jen.* 1666.

ISAAC VAN TETS, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1696, 4.

MICH. CHR. TIEROFF, disp. de societatibus majoribus. *Jen.* 1656, 4.

MATTH. TIMMERMANNS, disp. de societate. *Lugd. Bat.* 1711, 4.

ALEX. TRONSETTA, de societate. *Venet.* 1652, 4.

CORN. VAN TOL, de societate. *Lugd. Bat.* 1752.

PET. DE UBALDIS, tract. de societate. *Frf.* 1602, f.

JO. DAN. OLLRANNI diss. de dissolvenda unius renuntiatione societate. *Argent.* 1749.

JO. GE. WALTHERI progr. de societate generis humani, in J. Nat. et Gent. controversa. *Vitebb.* 1739, 4.

VANOERTEN, diss. inaug. de contr. societatis. *Lugd. Bat.* 1816.

GEORG. WERNERI diss. de societate. *Helmst.* 1654, 4.

ERN. CHRN. WESTPHAL, datur societas tacita. (Ej. Rg., n° 6, Th. 4.)

IDEM, ubi in societate ex una parte cessat collatio pecuniæ, operæ sunt pro collato. (*Ib.* n° 22, th. 15.)

... Debitum socii ante societatem contractum non est debitum sociale. Nec id quod socius proprio nomine contraxit. Collatum socii huic manet proprium. Socialis nomen pot. oriri ex versione in rem societatis, socior. nuus n. pot. nomine societatis contrahere et hunc obligare, nisi sit institor (n° 266).

... Leges in societate non semper mentionem faciunt collationum. Inde lucrum non debet esse æquale collatis. Condominium infert æqualitatem lucri, alias usuræ sociis ne solverentur. Tantum si collata sunt æqualia, lucrum æquale. Leges collata n. memorantes ex aliis sunt explicandæ. Distinctio inter societatem universalem, generai., et singular. Ex condominio u. sequitur æqualitas. Pacto pot. de inæqualitate convenire. Usuræ socio inde solvuntur (n° 575).

CHR. JO. VERLTCH, de societate. *Lugd. Bat.* 1692.

HERR. VULTEIUS, de societate. *Marp.* 1568.

REMERS FLORIS VAN ZANEN, diss. de societate. *Lugd. Bat.* 1736.

CAR. ZANCHI, tract. de societate. *Romæ.* 1766, in-fol.

§ II. — SOCIUS.

JO. OLR. CRAMERI progr. de partibus æqualibus in lucro et damno sociorum spectandis. *Marb.* 1762.

WOLFG. AD. LAUTERBACH, de sociorum obligatione, quæ oritur ex conventione cum extraneis inita. *Tubing.* 1668, 4. Collocata est in ejusd. dissert. *Tübing.* Vol. III, n° 129.

HENR. MEURERI diss. de eo, quod inter socios justum est. *Argent.* 1665, 4.

GOTTL. EUS. OELZE, progr. quatenus socii ob debitum sociale in solidum teneantur. *Helmst.* 1784.

FRID. ES. PUFFENDORF, socius utrum in solidum, an pro rata teneatur : in ejus obss. jur. univ. P. IV, n° 24.

ALEX. ARN. PAGENSTECHERI diss. crux jurisconsultorum ex L. 69, D. *Pro socio. Duisb.* 1692, 4.

SAM. STRYCKII diss. de diversis sociorum pactis. *Hal.* 1706, 4.

ROM. TELLERI diss. de divisione lucri et damni inter socios. *Lips.* 1684, 4.

PET. DE TOLLIEU, diss. ad L. 69, D. *Pro socio...* et in collectaneis, n° 1.

PETR. DE UBALDIS, de duobus fratribus et aliis sociis. *Colon. Agr.* 1586, 8.

SAM. FRID. WILLENBERGII diss. de lucro et damno sociorum. *Gedan.* 1723, 4. Extat in ejusd. diss. sabbath. P. II, n° 43.

§ III. — SOCIUS PRO SOCIO.

ANT. DADINUS, ALTESERRA, ad L. *societatis*, ff. *Pro socio*. Extat cum ejus Tr. de fictionibus. *Paris.* 1651, 4.

NIC. CHR. LYNCKERI novæ eæque unicæ ad L. 96, ff. *Pro socio* suppetiæ. *Jen.* 1687, 8. inserta ejusd. præscriptionibus publicis, *Vienn.* 1727, 8, editis.

GABR. MEDÆI comm. de contractibus. *Frf.* 1586, f.

FRID. PLATNERI diss. exhibens conjecturas ad cap. LXIX pro socio. *Lips.* 1739, 4.

JO. GOTTFR. SAMMET, disp. ad Domitium Ulpianum in cap. 69, N. pro socio, *Lips.* 1746, 4, et in ejus opusc., n° 3.

GUIL. DE TULALTO, repetit. in § arbitratorem ex L. *societatem*, ff. *Pro socio. Lugdun.* 1553.

§ IV. — SOCIETAS OCCULTA.

JO. ANS. OTTO SEELERI diss. de inspectione suprema in societates occultas prudenter exercenda. *Lips.* 1786.

§ V. — SOCIETAS PATERNA.

JO. PAUL. FELWINGER, de societate paterna ejusque jure. *Altorf.* 1666.

JO. LUNDERSTEEN, de societate paterna. *Malmogiæ.* 1698, in-4°.

§ VI. — SOCIETAS UNIVERSALIS.

PETR. MULLERI disp. de societate universali. *Jen.* 1691.

§ VII. — SOCIETAS INDIVIDUA.

GEO. FRID. KRAUSII diss. de societate individua. *Gedani.* 1753.

§ VIII. — SOCIETAS ÆTERNA.

SAM. FRID. WILLENBERGII diss. de societate in æternum contracta. *Gedan.* 1723. Extat in ejus diss. sabbath. P. II, n° 44.

§ IX. — SOCIETAS LITTERARIA.

JO. FRID. EISENHART, *von den Rechten und Freiheiten gelehrter Gesellschaften.* In ejus *Kleinen Teutschen Schriften.* T. I, n° 6.

§ X. — SOCIETAS METALLICA.

GOTTL. FRID. SCHMIDT, diss. de origine ac juribus societatis metallicæ, *Gewerkschaft. Lips.* 1776.

§ XI. — SOCIETAS LEONINA.

CHR. HENR. ECKHARDT diss. de societate leonina, ad. L. 29, § 2, D. *Pro socio. Jen.* 1738, 4. Sub præsidio JO. GEORG. ESTORIS.

SAM. FRID. WILLENBERGII diss. de societate leonina. *Gedan.* 1726, 4. Extat in ejusd. diss. sabbath. P. II, n° 19.

§ XII. — SOCIETATIS CONTRACTUS.

JO. BLOCQUAU, disp. de contractu societatis. *Lugd. Bat.* 1721, 4.

GOTFR. TIBIG, de contractu societatis. *Jen.* 1641.

JO. ULR. FREYR. VON CRAMER, *von den Kenzeichen eines wahren errichteten Societats-Contracts.* In ejus *Wetzl. Nebenst.* P. CXVIII, p. 278.

JO. GOEDDÆI, diss. de contractu societatis. *Marb.* 1603, in-4°.

FRANC. CHR. BERNEMANNI disp. de contractu societatis. *Heidelb.* 1737, 4.

JO. RICHARD. AB OSS. disp. de contractu societatis. *Ingolst.* 1572, 4.

§ XIII. — SOCIETATIS OFFICIUM.

SYLV. BACCHIÆ tract. de societatis officio. *Venet.* 1625, in-4°.

§ XIV. — COMMERCIORUM SOCIETATES.

JO. RUDOLP. ENGAVII diss. de societate mercatoria. Vulgo *von der Mascopey oder Compagnie-Handlung. Jen.* 1747, 4.

JO. AD. B. KIND, pr. responsum ad quæstiones circa societatem *en commandite. Lips.* 1823.

CAROL. FRID. PAULI diss. de jure belli societatis mercatoriæ majoris privilegiatæ; *von einer Octroyrten Handels-Compagnie. Hal.* 1751, 4.

GR. HENR. AYRERI disp. de societate mariti et uxoris mercatoria. *Goet.* 1773, 4.

CODE CIVIL,

LIVRE III, TITRE IX [1] :

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ,

DÉCRÉTÉ LE 8 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 18 DU MÊME MOIS.

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

Art. 1832. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 1. *La société de gains et profits est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui en résultera.*

Art. 2. *Il n'est pas nécessaire que la mise soit du même genre ni de la même qualité ; l'un des associés peut fournir les fonds, et l'autre son industrie seulement.*

Art. 3. *La part dans les bénéfices peut être inégale; elle peut être d'un quart pour l'un et de moitié pour l'autre.*

Mais cette division n'est pas une suite naturelle des mises, elle doit être convenue, autrement chacun des associés y a droit pour une part égale.

Art. 4. *Les pertes diminuent la masse et se prennent sur les fonds de mise ; en cas d'épuisement de la masse, chaque associé est tenu de parfaire sur ses autres biens, dans la proportion de la part qu'il aurait eue dans les gains et profits, si la société avait été utile.*

---

(1) **Add.** Ce titre a été présenté au conseil d'État le 14 nivôse an XII (5 janvier 1804), par Berlier, rapporteur de la section de législation.

Le conseil l'a discuté et arrêté dans la même séance.

Le 18 nivôse (9 janvier), le projet a été communiqué officieusement à la section de législation du tribunat, qui a fait des observations à la suite desquelles une conférence s'est engagée.

Le 15 ventôse (25 février), Berlier en a fait de nouveau le rapport au conseil, et a présenté une rédaction définitive que le conseil a adoptée.

Le 10 (1er mars), Treilhard, accompagné de Réal et Sainte-Suzanne, l'a porté au corps législatif, et en a exposé les motifs.

Le 11 (2 mars), le projet a été communiqué officiellement au tribunat par le corps législatif.

Le 14 (5 mars), Boutteville en a fait le rapport à l'assemblée générale du tribunat, qui en vota l'adoption le 16 ventôse suivant (7 mars), à l'unanimité de 49 voix.

Le 17 ventôse (8 mars), Boutteville, Gillet et Gallois ont présenté ce vœu au corps législatif, et Gillet en a exposé les motifs.

Le même jour, le corps législatif a décrété le projet, à la majorité de 230 voix contre 1.

La promulgation a eu lieu le 27 ventôse an XII (18 mars 1804).

Motifs de l'ordre dans lequel est placé le titre relatif à la société. — « On essayerait inutilement, dit DUVERGIER, n° 1, de trouver dans la nature des différents contrats les raisons qui ont déterminé l'ordre dans lequel le code civil les a classés. Il a maintenu l'arrangement adopté dans les Institutes de Justinien, suivi, avec de légères modifications, par les anciens docteurs, et reproduit par Despeisses, Domat, d'Argou et Pothier. Cette classification a paru préférable à toute autre, parce qu'elle était déjà connue et familière aux jurisconsultes.

« Il ne faut pas chercher ailleurs l'explication du rang qu'occupe le titre consacré au contrat de société. On peut faire remarquer cependant que le bail à cheptel tient à la fois du louage et de la société, et qu'il est assez naturel de rapprocher les dispositions relatives à ces trois contrats. »

§ III. *De la communauté occasionnelle à certains cas.*

Art. 29. *Cette espèce de communauté est celle qui s'établit sans convention entre cohéritiers, codonateurs et concquéreurs.*

Elle finit par la division des fonds et le partage des fruits recueillis dans l'intervalle.

Art. 30. *L'action en partage est de tous les moments, et appartient à chacun des intéressés; la minorité de l'un n'y fait point obstacle; seulement, en ce cas, le partage n'est que provisoire.*

Art. 31. *Ces accidents ne constituent pas une société vis-à-vis des tiers; ils ne l'établissent pas strictement entre les cohéritiers : si quelqu'un d'eux a fait des dépenses pour conserver ou améliorer le fonds commun, il a une action pour les recouvrer.*

2ᵉ PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 223. *Il y a société, lorsque deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager les bénéfices qui en résulteront.*

Art. 224. *La mise des associés peut n'être pas du même genre ni de la même quotité.*

L'un d'eux peut fournir des fonds et l'autre son industrie.

Art. 225. *Chacun des associés a droit aux bénéfices pour une part égale, si le contraire n'a été convenu.*

Art. 226. *Après l'épuisement des fonds de mise, les pertes sont supportées par chacun des associés, proportionnellement à la part qu'ils auraient eue dans les bénéfices, si la société eût été avantageuse, à moins qu'il n'y ait convention contraire.*

Art. 227. *En toute autre société que celle de commerce, nul ne peut, en contractant, obliger ses associés, s'ils ne lui en ont confié le pouvoir.*

Art. 232. *La société qui s'établit sans convention entre cohéritiers, codonataires ou coacquéreurs, finit par la division des fonds, et le partage des fruits recueillis en commun.*

Art. 233. *L'action en division ou partage appartient à chacun des intéressés.*

Il a toujours la faculté de l'exercer.

3ᵉ PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 917. *Il y a société lorsque deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager les bénéfices qui en résulteront.*

Art. 941. *La société s'établit sans convention entre cohéritiers, codonataires ou coacquéreurs.*

Elle finit par la division des fonds et le partage des fruits recueillis en commun.

Art. 942. *L'action en partage appartient à chacun des intéressés.*

Il a toujours la faculté de l'exercer.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 1. *Le contrat de société est celui par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui en est espéré.*

Art. 2. *Ce contrat se régit par le droit naturel et par les conventions des parties.*

Il se forme par le seul consentement.

Il est synallagmatique et commutatif.

MOTIFS.

I. *Quelle acception le présent titre donne au mot société.*

II. *Ce titre ne concerne ni la société conjugale, ni la société fortuitement produite par l'indivision, il ne concerne les sociétés de commerce qu'en ce qui n'est pas exceptionnellement réglé par le droit commercial.*

III. *Les bénéfices sont le but du contrat de société. Pourquoi l'article ne lui donne pas également les pertes pour objet.*

I. *Exposé de motifs.*— GILLET, orateur du tribunat : « Législateurs, le mot de *société* appartient à toutes les sciences qui ont l'homme pour objet, son acception la plus générale s'étend à la morale, à la politique, à toutes les institutions publiques ou domestiques.

« Plus restreinte dans le droit civil, sa signification se trouve déterminée, avec beaucoup d'exactitude par le projet proposé.

« Là il indique le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

« De cette définition résultent plusieurs caractères dont la société se compose. »

II. TREILHARD, orateur du gouvernement : « Législateurs, avant d'exposer les motifs du projet que le gouvernement présente à notre sanction, il convient d'en bien déterminer l'objet.

« Il ne s'agit pas aujourd'hui de cette société que contractent deux personnes d'un sexe différent, qui établit des rapports plus étroits entre deux familles et enrichit l'État d'une troisième, qui, si elle est fondée sur une conformité d'humeur, de goûts de sentiments, prête un nouvel éclat à tous les charmes de la vie, ou présente des adoucissements à tous ses revers.

« Le projet est aussi étranger à une autre espèce de société qui se forme entre des personnes rapprochées par quelques événements quelquefois indépendants de leur volonté particulière, comme, par exemple, entre les cohéritiers tenus de supporter en commun les charges d'une succession dont ils partagent aussi les bénéfices, ou entre deux voisins que la loi soumet à des obligations communes pour leur sûreté particulière et pour le maintien de l'ordre public.

« Enfin il se forme tous les jours des sociétés de commerce, réglées par les lois et les usages de cette matière; elles peuvent être soumises aux règles générales de la société; mais elles ont aussi leurs règles particulières, et n'entrent pas dans le plan du titre dont vous allez vous occuper.

« Il s'agit uniquement de cette espèce de société qui se forme entre deux ou plusieurs personnes, à l'effet de mettre en commun ou une propriété, ou des jouissances, pour se rendre compte et partager les bénéfices de l'association. »

BOUTTEVILLE, au tribunat : « Il est une observation plus importante.

« Des cohéritiers, des colégataires, souvent des voisins, ont des intérêts communs; mais ils sont unis d'intérêts, non par une convention, mais par un fait indépendant de leur volonté.

« Le bailleur et le preneur à cheptel et surtout à cheptel simple, le sont également, mais sans avoir l'un et l'autre un droit absolument de même nature à la chose qui leur est commune. Il n'y a point, dans ces différents cas, vraie société; et vous ne trouverez en conséquence dans le projet aucune disposition qui y soit relative. »

GILLET, orateur du tribunat : « Ensuite le sujet de ce contrat est quelque chose que la convention a mis en commun entre plusieurs personnes; ainsi les engagements dont il résulte quelque communauté sans convention, tels que sont ceux d'hérédité indivise et du voisinage, sont étrangers à la matière des sociétés.

« Enfin l'espoir de partager le bénéfice que la chose commune pourra produire est la vue intentionnelle qui dirige ce contrat.

« Ainsi il ne faut pas non plus y comprendre plusieurs sortes de communautés qui ont un autre objet plus direct.

« Par exemple, la communauté de biens entre époux a pour but principal l'indivisibilité des intérêts conjugaux bien plus que le partage des bénéfices.

« De même le bail à cheptel, les baux à portions de fruits, sont bien, sous plusieurs rapports, de véritables associations ; mais leur premier objet est d'abord la facilité des exploitations agricoles.

« Voilà pourquoi ces matières ont dû être traitées sous d'autres titres particuliers ; et même en rédigeant celui que le code civil consacre spécialement à la société, il a fallu encore en distraire tout ce qui a un rapport exclusif avec les intérêts purement commerciaux ; ces sortes d'intérêts ont leurs règles séparées qui leur sont propres. »

III. Gillet, orateur du tribunat : « Les associations connues de nos aïeux sous le nom de *sociétés taisibles* et qui se formaient par le seul fait de la cohabitation, ne convenant plus depuis longtemps à nos mœurs, le projet a le soin de rappeler le principe général qui veut que toute convention pour objet de valeur au-dessus de 150 francs soit rédigée par écrit, et qu'aucune preuve par témoins ne puisse être admise, contre et outre le contenu aux actes qui la renferment. »

SOURCES.

INSTIT. Lib. III, tit. XXVI. — DIG. Lib. XVII, tit. II. Lib. X, tit. II et III. — COD. Lib. IV, tit. XXXVII, et *specialiter* leg. 41, 44, 52, § 7, *pro socio*. — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. I, nº 1. — POTHIER. *Contrat soc.*, nºˢ 1, 2, 5, 6, 7.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1704. Conf. à l'art. 1832, C. F.

Sardaigne. — 1855. Id.

Haïti. — 1601. Id.

Hollande. — 1655. Id.

Canton de Vaud. — 1316. Id.

Louisiane. — 2772. Id.

2773-2774. Tous ceux qui sont capables de contracter peuvent former une société.

2775. Les sociétés illicites ou contraires aux bonnes mœurs sont nulles et de nul effet.

2776. La société se contracte par le seul consentement.

2777. La copropriété ne crée pas par elle-même une société, de quelque manière que le bien commun soit acquis.

2778. La communauté de biens qui est créée par le mariage, n'est pas une société.

2779. Les biens qui sont apportés dans la société ou qui sont acquis par elle, et les bénéfices, tant qu'ils sont conservés sans être partagés pour l'avantage social, forment ce qui s'appelle le capital de la société.

Autriche. — 1175. Une société se forme par l'acte en vertu duquel deux ou plusieurs personnes consentent à confondre leurs choses ou leur industrie, dans le but de s'en partager les bénéfices.

1176. La nature de la société varie et les droits sociaux sont plus ou moins étendus en proportion de la mise de chaque associé, ou selon la nature de son apport.

Prusse. — 169. Conf. à l'art. 1832, C. F.

Bade. — 1851 *a.* Le règlement des parts est réputé contraire à l'équité, s'il accorde pour les mêmes travaux ou pour les mises sociales, des avantages qui diffèrent entre eux de plus d'un dixième ; ou s'il évalue les travaux, par rapport aux mises, à un quart au-dessus ou au-dessous de leur valeur réelle.

1858 *a.* En cas d'urgence, chaque sociétaire a le droit d'agir seul.

1867 *a.* Si la chose perdue n'est pas la partie principale d'une mise sociale, ou si le propriétaire veut la remplacer, ou si est elle perdue par la faute du propriétaire, et que les autres sociétaires veuillent continuer la société et le forcent à la remplacer, il n'y aura pas de dissolution.

SOMMAIRE.

1. Le mot *société* a, en droit, différentes acceptions.
2. Mais, dans le titre du Code civil, il sert à signaler un rapport particulier, dont l'utilité est journalière.
3. Définition de ce rapport ; description du contrat *de société*.

3 2°. *Quelle est la nature de ce contrat ?*

4. Il met une chose en commun.
5. Suite, et renvoi à l'art. 1833.
6. Il doit avoir pour but de faire un bénéfice et de le partager ; ceci est surtout caractéristique.
7. L'ancien droit, quoi qu'on en ait dit, a eu très-énergiquement conscience de cette condition de la société.
8. Preuves tirées des auteurs, des lois romaines, de l'esprit de notre ancien droit.

8 2°. *Rareté des sociétés civiles.*

9. Il n'est pas vrai non plus que jadis on ait fait confusion de la société et de la communauté.
10. Si l'ancien droit voulait qu'à côté de l'union des biens on attachât une grande importance à l'union des personnes, ce n'était pas qu'il accordât trop *au sentiment*, il faisait de l'*intérêt* bien entendu.
11. Conclusion.
12. De la nature du bénéfice que la société a pour but de procurer. Est-ce seulement un bénéfice pécuniaire, ou bien aussi un avantage moral ?

12 2°. *Si un négociant convient avec une autre personne, qu'il lui donnera tous les ans telle part dans les bénéfices de son commerce, un quart, par exemple, sans que cette personne apporte rien, ni argent, ni industrie, y a-t-il société ?*

13. L'avantage ne peut être purement moral ; mais il est bénéfice, dans le sens de la loi, quand il est appréciable en argent. Association pour procurer à deux maisons une vue pittoresque. — Association pour avoir un équipage en commun. — Association pour se créer un lieu de promenade.
14. Les associations pour se défendre d'un dommage, mais non pas pour faire un bénéfice, ne sont pas de vraies sociétés. — Des assurances mutuelles et autres analogues.
15. *Quid* des sociétés *de conserve* ou *de navigation*. L'espoir du gain y étant mêlé au besoin de la défense, elles sont des sociétés caractérisées. *Quid* des sociétés territoriales contre le mauvais air et pour les dessèchements.
16. Le contrat de société veut de plus que le bénéfice soit fait en commun et qu'il soit partagé.

16 2°. *Espèce prévue par les lois romaines et dans laquelle la question de savoir s'il y a ou non société se décide d'après l'intention.*

17. Sens du mot *partager*.

17 2°. *Y a-t-il société dans la convention par laquelle le propriétaire d'un cheval le joint à trois chevaux appartenant à un autre pour en former un attelage et vendre plus avantageusement ?*

18. Conclusions sur la définition de l'art. 1832. Pourquoi est

article ne parle pas de l'obligation de partager la perte. Réfutation des reproches qui lui ont été adressés à cet égard.

19. Comparaison de la société avec d'autres contrats et d'autres rapports analogues.

20. Parallèle de la société et de la *communauté*.

21. La différence de la société et de la communauté ne consiste pas en ce que la société est un contrat et la communauté un quasi-contrat. La communauté peut aussi être conventionnelle.

22. Véritable signe différentiel de la société et de la communauté. La communauté est un état passif; mais la société s'en sert comme d'un instrument pour poursuivre un but commun et réaliser des bénéfices.

23. Reproche fait à Pothier dans sa comparaison de la société et de la communauté. Observation sur un passage de Cujas.

24. Conséquences qui résultent de la différence entre la société et la communauté. 1° La société donne naissance à un être collectif, mais non pas la communauté.

25. 2° La société est favorable. La communauté est défavorable.

26. 3° Les communistes ne sont pas réciproquement engagés à gérer l'un pour l'autre. Il en est autrement dans la société.

27. 4° La communauté n'engendre pas l'action *pro socio*, propre à la société et fort différente des actions *communi dividundo*, et *familiæ erciscundæ*.

27 2°. *Réfutation de l'opinion que, dans la société, le gain seul serait commun à tous les associés.*

28. Application de ces idées. Et d'abord, dans le doute, doit-on supposer la société ou la communauté? Opinion de Cujas contraire à un arrêt de la cour royale de Paris. Examen d'un cas diversement résolu par les lois romaines et tir d'un achat fait en commun. Y a-t-il plutôt société que communauté?

29. Autre exemple tiré d'un arrêt de la cour de Rouen. Brièveté embarrassante des arrêtistes modernes.

30. Suite de la comparaison entre la société et la communauté. Convention pour faire construire un mur mitoyen. Association pour une meilleure distribution des eaux.

31. Comparaison de la société avec *l'association conjugale*.

32. Et avec les associations qui ont un but *philanthropique*, ou qui tendent à procurer des jouissances ou des distractions *intellectuelles*.

33. Et avec les associations formées *dans un but religieux*. Caractère de la convention par laquelle une fille est admise dans une communauté religieuse, moyennant une dot payée par ses père et mère.

34. Comparaison de la société avec le *mandat*. Espèce posée par Ulpien; il donne deux solutions différentes, l'une pour le mandat, l'autre pour la société.

35. La première solution est incontestable.

36. Mais la volonté des parties pourra la modifier et conduire à la seconde solution du jurisconsulte romain. Ces distinctions ont du reste une grande utilité pratique. On revient sur cette utilité au n° 41.

37. Circonstances qui peuvent faire passer du mandat à la société.

38. Duvergier n'adopte pas la seconde solution d'Ulpien. Réfutation de ces objections.

39. Suite. Rien n'empêche que les mises sociales ne soient l'industrie de l'un et la vénalité d'une chose appartenant à l'autre.

40. Suite.

41. Ces analogies du mandat et de la société sont nécessaires à bien saisir; car il y a beaucoup d'opérations qu'on tente *par la société* et qu'on n'entreprend pas par *le mandat révocable*.

42. Autre espèce tirée d'Ulpien. Commission d'acheter un immeuble. Quand y a-t-il simple mandat? Quand peut-il y avoir société? Réponse aux critiques dirigées contre Ulpien.

43. Autre exemple pris de la jurisprudence de la cour de cassation.

44. Rapports de la *société* et du *louage*. Le bail partiaire est une société. Il en est de même du cheptel. Renvoi.

44 2°. *Cas où l'on a prétendu qu'il y avait bail et non société.*

45. Analogies et différences du louage d'industrie et de la société dans laquelle il y a apport de l'industrie.

46. Du commis intéressé. Examen de la jurisprudence.

46 2°. *Autre cas où il n'y a pas société, mais louage de service.*

47. Analogies de la *société* et du *prêt à intérêt*. Explication des *trois contrats* réunis, ou *contractus trium*. Origine de ce système inventé pour favoriser les prêts d'argent à intérêt. La société en était le pivot. Il pourrait être employé aujourd'hui pour colorer des prêts usuraires.

48. Renvoi pour plusieurs cas où la société est employée pour masquer l'usure.

49. Espèce remarquable à ce sujet. Autre dans laquelle le prêt couvre une société léonine.

50. Réflexions sur ces deux espèces.

51. Du cas où des capitalistes ont donné des fonds à une ville pour élever une salle de spectacle avec réserve d'intérêt, hypothèque, etc. Il y a prêt et non société. Arrêt de la cour de cassation. Autre arrêt d'Orléans.

52. Analogies de la *société* et de la *vente*. Exemple.

53. Souvent on a recours à la *société* pour se défaire d'une chose, particulièrement d'une usine, qu'on ne peut *vendre* avec avantage.

54. Différences de la *société* et de la *tontine*.

55. Différences de la *société* et du *prêt à la grosse*. Réunion de ces deux contrats.

56. Conclusions sur tous ces rapprochements.

57. Droit des parties et des tiers quand il y a simulation.

58. La société forme une personne morale capable de posséder. Diversité des opinions à cet égard.

59. Examen de la question d'après le droit romain. Opinion de Florentinus et d'Ulpien.

60. Exemple tiré des sociétés pour le recouvrement de l'impôt. La personne morale y était surtout manifeste.

61. Moins énergiquement dessinée dans les autres sociétés, elle n'y était pas moins réelle. Preuves. Examen d'un texte de Paul et d'un passage de Cicéron.

62. Suite.

63. Objection tirée de la loi 13, § 1, D. *præscriptis verbis*, et réponse.

64. D'autres écrivains, dont l'auteur partage au fond l'opinion, ont donné des raisons qu'il repousse.

65. Les principes du droit romain ont paru de bonne heure dans les écrits des interprètes; mais on les retrouve de toute antiquité dans les sociétés agricoles qui couvrirent la France au berceau de la monarchie.

66. Il ne faut pas croire que les sociétés de commerce forment seules une personne morale.

67. Arrêt de cassation topique pour les sociétés civiles.

68. Erreur de Toullier qui s'est élevé contre la personnification des sociétés civiles et commerciales.

69. Suite et réponse à l'objection tirée de ce que des particuliers ne peuvent créer des êtres intellectuels.

70. Du reste, cette personnification est une *fiction*. Il ne faut pas la pousser à l'excès. Sous certains rapports, les associés restent copropriétaires.

71. A ce sujet, l'auteur combat une opinion d'Émerigon; il pense que, *dans certains cas*, l'assurance prise pour *Rolland et compagnie* peut couvrir les marchandises appartenant positivement à *Rolland*. Sentence de l'amirauté de Marseille conforme à cette opinion.

72. Corollaires de la règle que la société est un être de raison distinct des associés.

73. 1° Effet de cette règle entre les associés et la société. Un associé ne peut compenser avec la société dont il est débiteur ce que lui doit un coassocié.

74. La faillite de la société n'entraîne pas nécessairement et de plein droit la faillite des associés. Évidence de cette règle pour les sociétés en commandite.

75. *Quid* pour les sociétés collectives?

76. Un associé étant investi de l'usufruit d'un immeuble, la société peut acquérir la nue propriété sans qu'il y ait extinction par consolidation. *Secùs* dans un régime d'indivision simple.

77. 2° Effets de la règle entre la société et les tiers.

78. Les créanciers de la société l'emportent sur les créanciers de l'associé quant aux choses mises en société.

79. Le créancier d'un associé ne peut compenser avec la société dont il est débiteur.

80. Le créancier particulier d'un associé ne peut faire saisir les effets de la société sous prétexte que son débiteur y a une part indivise.

81. La femme qui a épousé un associé n'a pas hypothèque sur les biens de la société dont il est membre. Renvoi.

82. Mais les sociétés *en participation* ne forment pas une personne morale. État de la jurisprudence.

COMMENTAIRE.

1. Le mot *société*, pris dans son acception la plus large, s'éloigne beaucoup du sens restreint que lui donne l'art. 1832 du code civil. Non-seulement il s'applique aux réunions d'hommes, vivant en corps de nation, sous l'influence des mêmes lois et d'une même civilisation (1); mais il comprend encore toute communion de choses matérielles ou intellectuelles, toute participation à des intérêts, à des affections, à des plaisirs mis en commun (2). C'est dans ce sens que les époux sont appelés associés, *socii* (3); que la communauté opérée par le fait de l'homme ou par le fait de la nature est nommée société par les lois romaines (4), quoiqu'il y ait une différence notable entre la société qui fait l'objet de ce titre et la simple communauté (5). Balde appelle aussi sociétés les cercles de plaisirs et de distractions, les associations formées pour de bonnes œuvres (6). Cette appellation trouve sa raison dans les lois romaines (7), qui se servent du mot *societates* pour désigner les colléges et corporations d'artisans (8), et autres, que la jalousie du gouvernement surveillait avec attention, qu'elle n'autorisait qu'avec réserve, mais qui, une fois constituées en corps par les lois et les sénatus-consultes (9), prenaient l'existence d'une personne morale, étaient capables du droit de propriété, avaient des représentants nommés défenseurs (10), pouvaient posséder une caisse commune (11), affranchir leurs esclaves, etc. Dans le même sens, nous appelons encore aujourd'hui du nom de sociétés les associations littéraires ou philanthropiques (12) qui, sous l'autorisation du magistrat, se réunissent à jour fixe pour s'occuper de travaux utiles ou d'arts d'agrément.

Le mot société est donc un terme générique qui embrasse des rapports très-divers, depuis l'indivision accidentelle de choses matérielles jusqu'à l'union réfléchie de deux existences dans le lien indissoluble et sacré du mariage (13).

2. Mais, sur ce fonds commun, il est un rapport qui se détache de tous les autres, comme l'espèce se distingue du genre, et dont la place est marquée par des signes propres et saillants; c'est la combinaison par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de faire un bénéfice et de le partager. De là, le contrat connu dans la science du droit sous le nom de contrat *de société*. L'importance en est considérable; il joue un rôle principal dans les développements des intérêts civils et commerciaux. Il est un puissant auxiliaire pour l'industrie, le négoce, l'agriculture; il favorise l'exploitation de toutes nos richesses territoriales et manufacturières, en formant une union féconde de la propriété mobilière et immobilière, des capitaux et du travail. Et comme les difficultés sont en proportion des relations multiples dans lesquelles les intérêts se combinent, le contrat de société est un de ceux qui présentent le plus de questions graves et ardues; car nul n'engendre des rapports plus compliqués, nul ne fait naître des points de contact plus variés, nul ne poursuit sa marche à travers des positions plus délicates. Aussi le droit romain

(1) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 1.

(2) FELICIUS, *de societate*, Proœmium, n° 30.

(3) BARTOLE, sur la loi *Divortio*, § *Interdum*, nos 3 et 4, D. *Soluto matrim.*; FELICIUS, *loc. cit.*, n° 24. La Genèse dit (c. III): *Mulier quam dedisti mihi sociam*. Voyez aussi l. 4, C. *De crim. expilatæ hæredit.* L'article 1525 (code civil) qualifie les époux d'*associés*.

(4) L. 19 et 34, D. *de servit. rustic.*; BRISSON, *de verb. signif.*, v° *Socii*. TREILHARD s'est aussi servi de cette qualification; *infrà*, n° 20.

(5) C'est pourquoi JUSTINIEN dit, dans ses Instit., *de oblig. quæ quasi ex contractu*, § 3 : Item si, inter aliquos, res communis sit *sine societate*.

(6) Sur la rubrique du C. *Pro socio*, et n° 6.

(7) Societas, collegium, corpus. Collegia pistorum. Quibus autem permissum est corpus habere *collegii, societatis*. Voyez CAIUS, l. 1, § 1, D. *Quod cujusc. univers.*; *junge* ULP., l. 3, § 4, D. *de bonor. possess.*

(8) Ambubajarum collegia. HOR., *Satyr.* 2. Collegia pistorum; CAIUS, l. 1, D. *Quod cujus univ.*

(9) Lois précitées; HEINECCIUS, *de collegiis et corporibus*, tit. II, p. 367; BRISSON, *Antiquit.*, lib. I, cap. XIV, où il rappelle la législation sur les colléges illicites, et cite les exemples de répression; BODIN, liv. III, chapitre dernier; LOYSEAU, *Offic.*, liv. V, chap. VII.

(10) Id.; c'est ce qu'en France on appelait *syndics*.

(11) Idem.

(12) Société philotechnique, philomathique, société d'encouragement, etc.

(13) **Add.** PARDESSUS, n° 966, dit ici : « Le mot *société* a deux sens dans le langage du commerce. Quelquefois il sert à exprimer la convention par laquelle plusieurs personnes s'obligent à conférer quelque objet, ou à faire quelque chose en commun, pour en obtenir un profit licite. Quelquefois il signifie le corps moral formé par la réunion de ces personnes. »

avait-il consacré à la société plusieurs titres, riches de préceptes et de détails (1). Nous allons commenter le titre, non moins étendu, dans lequel le code civil en a exposé les principes.

3. La définition de la société nous arrêtera d'abord. Felicius a passé en revue toutes celles que la science avait données avant lui (2). Quoiqu'elles émanent de Balde, Paul de Castro, Azon, Speculator, Accurse, Cujas, etc., il trouva à chacune des défauts (3). Car, ainsi que le jurisconsulte Javolenus l'enseignait avec tant de bon sens, il est peu de définitions qui échappent à la critique (4). Felicius a hasardé la sienne (5); elle est plus complète que les autres, et l'art. 1832 la reproduit presque identiquement. C'est donc à celle-ci que nous nous attacherons; car elle nous semble satisfaisante, et nous ne chercherons pas à en donner une meilleure (6). Nous nous bornerons à en faire ressortir les traits élémentaires.

Et, d'abord, la société est définie par l'art. 1832 un *contrat*, et ceci est caractéristique. Il y a, en effet, des communautés d'intérêts qui peuvent prendre leur source dans des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté des parties. Telle est la copropriété indivise d'une même chose qui aurait été léguée à plusieurs personnes par un testament (7). Mais la société procède toujours d'un contrat. Sans convention, point de société. Voilà pourquoi Papinien l'appelait *voluntarium consortium* (8).

Du reste, nous verrons dans le commentaire de l'article 1834 quelles formes sont nécessaires pour manifester cette volonté.

3 2° (9).

4. En second lieu, le contrat de société doit toujours mettre quelque chose en commun (10). Il suit de là que toute société engendre nécessairement une communauté. On peut, sans doute, être en communauté sans être en société (11). Il arrive même assez souvent que la communauté survit à la dissolution d'une société (12); mais il est impossible d'être en société sans être en communauté (13).

5. Mais en quoi consiste ce *quelque chose* que l'article 1832 fait une condition d'apporter dans la société? L'article 1833 répond à cette question : nous nous en occuperons en le commentant.

6. En troisième lieu, la société doit avoir pour but de faire un bénéfice, et pour condition de le partager entre les associés (14). Nous verrons plus tard que cette fin de toute société est ce qui la distingue de la communauté simple. Ce point est de l'essence de notre contrat; c'est par là que son caractère se précise et se complète (15).

7. Dans un livre récent, un estimable écrivain (16) a

---

(1) Instit. *de societate*; Dig., *Pro socio*; Code, id.; CAIUS, III, Inst. 148.

(2) *De societate*, cap. 1, n° 2.

(3) La plus en vogue est celle-ci : « Societas est duorum « pluriumve ob commodiorem usum et uberiorem quæstum ra- « tionabilis conventio. » C'était celle de la glose, d'Azon, Speculator, etc.

(4) L. 202, D. *de reg. juris*.

(5) « Societas est contractus qui consensu, *rebus*, vel *operibus*, « vel *industrià intervenientibus*, ad commune quærendum, seu lu- « crum faciendum. » (*Loc. cit.*, n° 4.)

(6) Comparez l'art. 264 du code de commerce espagnol, dans la *Concordance* de M. DE SAINT-JOSEPH, p. 6.

(7) *Infrà*, n° 20.

(8) L. 1, 52, § 8, D. *Pro socio*; DONEAU, lib. XIII, cap. XV, n° 5.

(9) **Add.** *Quelle est la nature de ce contrat?* — « Ce contrat, dit DALLOZ, n° 2, ch. 1, sect. 1, est de droit naturel; il est synallagmatique, commutatif et consensuel, c'est-à-dire parfait entre les parties contractantes, aussitôt qu'elles sont convenues d'apporter de part et d'autre quelque chose en commun, quoiqu'elles n'aient pas encore effectué cet apport. » Op. conf. de DELVINCOURT, n° 10978; de FAVARD, t. V, p. 200, n° 5.

« C'est, dit DEMANTE, n° 530, un contrat consensuel synallagmatique et commutatif; chacune des parties s'y oblige à une mise en commun, dans la vue d'un bénéfice à partager. »

(10) FELICIUS, cap. 1, n° 8; cap. IX, n° 42. « *Nulla* societas, ubi nulla intercessit rerum collatio, aut communicatio mutua, » dit DONEAU, lib. XIII, cap. XV, n° 3.

(11) *Infrà*, n°ˢ 20 et suivants.

(12) PAUL, l. 65, § 13, D. *Pro socio*.

(13) Non est societas sine communione (FAVRE, sur la loi 14, D. *Pro socio*); *infrà*, n° 20, *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 212.

(14) « Finem hunc esse oportet, ut *indè lucrum* fiat in commune. » Ce sont les paroles de DONEAU, lib. XIII, cap. XV, n° 6; et ailleurs : « Societas est rerum aut plurium, aut unius com- « munio, inter aliquos, *voluntate susceptâ*, *uberioris lucri indè* « *in commune faciendi gratiâ*. » (Sur le code *Pro socio*, tit. VIII, p. 695); et plus bas : « Non erit societas, nisi communio inita sit, « *lucri in commune faciendi causâ*, hoc enim proprium est so- « cietatis. » (N° 5.)

Il faut voir aussi CUJAS (paratit. sur le code *Pro socio*) : « Per societatem induci communicationem *justam lucri et damni*. »

Toutes les définitions rappelées par Felicius insistent, du reste, sur ce point capital (cap. 1, n° 2).

(15) **Add.** DURANTON, n° 316, reproduit littéralement l'article 1832.

DUVERGIER, n° 17, donne cette définition : « En groupant les idées que j'ai développées, on peut dire que la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes consentent à mettre en commun chacune une chose qui lui appartient, et à former ainsi un tout dont elles sont copropriétaires, afin d'en retirer des bénéfices dans la proportion des mises respectives, et avec obligation de supporter, le cas échéant, une portion correspondante de la perte. »

ZACHARIÆ, § 377, dit aussi : « La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de former un fonds commun au moyen de mises à fournir par chacune d'elles, dans la vue de faire valoir ce fonds, et sous la condition de partager les bénéfices ou les pertes qui pourront résulter de l'emploi qu'elles en feront. »

(16) DUVERGIER, *Société*, n° 4.

Add. Voici l'opinion de DUVERGIER, n° 5 : « De tout temps on a considéré comme le caractère distinctif du contrat de société, l'intention des parties d'obtenir par leur union un bénéfice qu'isolées elles ne pourraient se procurer; mais cette condition essentielle n'a pas toujours été placée par les législateurs et par les jurisconsultes au rang qui lui appartient. On ne trouve dans le droit romain aucun texte qui ait pour but spécial et direct de la mettre en évidence; c'est toujours incidemment qu'elle est indiquée. D'ailleurs, longtemps on a ignoré toute la puissance de production qu'acquièrent les capitaux en s'unissant. La plupart des exemples que fournissent les lois romaines et que citent les jurisconsultes, même ceux qui ont écrit à une époque rapprochée, sont empruntés à l'industrie agricole et ne rappellent que des combinaisons sans importance, sans étendue, inspirées par la nécessité et plutôt faites pour prévenir des pertes que pour procurer des gains. Ainsi, Despeisses, Pothier, Domat nous parlent souvent de laboureurs qui mettent leurs chevaux et leurs bœufs en commun; de voisines qui apportent chacune une vache dans la société. Sans doute les principes sont indépendants des choses qui forment les mises sociales; cependant on conviendra que leur application à des matières et à des faits entièrement étrangers à l'activité commerciale, n'était pas propre à rendre familière et sensible cette vérité importante, que toute société a pour but de créer des bénéfices, par la communication d'objets qui, séparés, seraient moins productifs, ou même absolument stériles.

« Aussi voyons-nous qu'autrefois la communauté et la société étaient à peu près confondues. Là où l'on trouvait la première

cru que cette condition n'avait pas toujours été placée par les législateurs et par les jurisconsultes au rang qui lui appartient. Suivant lui, nul texte des lois romaines ne la mettait spécialement en évidence; et nos meilleurs auteurs, Pothier, Domat (auxquels il accole Despeisses!), ne s'étaient pas assez appliqués à la rendre sensible. On ne comprenait pas suffisamment que la société est plutôt constituée par l'union des biens que par l'union des personnes; on mettait l'union des personnes avant l'union des biens; la législation avait un ton plus sentimental que scientifique. De là de graves et fâcheuses erreurs; par exemple, on allait jusqu'à confondre, à peu près, deux choses fort distinctes, la communauté et la société; de plus, on n'avait pas su imprimer à la société une organisation hiérarchique. A force de voir des frères, et par conséquent des égaux, dans les associés, on avait laissé l'anarchie se glisser dans l'administration; le gouvernement était à tout le monde, à moins que des stipulations expresses n'eussent prémuni l'association contre le danger de l'absence d'un gérant!

8. Ce tableau, souvent reproduit dans l'ouvrage de Duvergier, manque d'exactitude. Voici la vérité :

Aucun jurisconsulte digne de ce nom n'a jamais oublié de mettre en relief cette idée fondamentale et notoire, à savoir, que la société a pour but de procurer des bénéfices. J'ai déjà cité Doneau et Cujas. Faut-il joindre à ces maîtres de la science Vinnius (1), Pérez (2), Conan (3), Voet (4), Wissembach (5), Heineccius (6)? Felicius, dans son Traité de la société, a fait ressortir ce trait avec force (7). Pothier l'a rappelé énergiquement dans sa définition de la société (8), définition cent fois répétée, du reste, dans les livres plus anciens. Et ailleurs, il dit en toutes lettres, qu'il est de l'*essence de la société* que les parties se proposent de *faire un gain ou profit* (9). Sans doute, les lois romaines n'ont pas dogmatiquement spécifié la condition dont il s'agit. Mais on sait qu'elles n'ont donné nulle part une définition de la société. Du reste, toujours cette condition est sous entendue, et c'est des précieux exemples donnés par les textes que les auteurs l'ont sans peine dégagée (10). Quelle apparence d'ailleurs que les jurisconsultes de Rome, témoins d'un très-grand mouvement d'affaires opéré par des sociétés (11), aient laissé échapper un des éléments constitutifs de ce contrat, eux qui en ont saisi avec tant d'art et de finesse les plus légers linéaments! car il ne faut pas croire avec Duvergier qu'ils n'aient eu sous les yeux que des combinaisons *sans importance* et *sans étendue* (12). Tout le titre *Pro socio*, éclairé par l'histoire, proteste contre un tel jugement.

Du reste, quand même il serait vrai que le droit romain eût faibli à cet égard (ce que je suis bien loin d'accorder), comment peut-on cruire que notre ancien droit aurait partagé sa méprise, lui qui, privé du moyen de féconder les capitaux par le prêt, s'était rattaché à la société avec énergie, afin de tirer de l'argent des profits légitimes; lui qui, pour maintenir la ligne de séparation entre le prêt et la société, s'était appliqué, plus qu'on ne l'a fait à aucune époque, à faire ressortir tout ce que la société offrait de facilités à ceux que tentait le désir d'un gain non usuraire (13)! lui qui ne cessait de dire par la bouche des théologiens, des canonistes, des civilistes : « Vous qui « voulez que vos fonds ne restent pas improductifs, « placez-les dans des sociétés; car le contrat de société « a pour but de faire des bénéfices que la loi reli- « gieuse ne condamne pas, tandis que le contrat de « prêt vous conduit à l'usure (14). » Ainsi, loin que l'ancien droit ait ignoré le vrai caractère de la société, il le proclamait au contraire par tous ses organes; l'état des intérêts civils l'obligeait tout particulièrement à en occuper les esprits (15).

établie, on supposait que la seconde avait été contractée. Dans la plupart des coutumes, un père et un fils, des frères, quelquefois même des étrangers, vivant en commun, étaient tenus pour associés. La distinction entre des rapports de parenté ou d'affection, et des relations formées dans des vues intéressées, était sinon méconnue, du moins rarement et faiblement appliquée. On ne comprenait pas assez que les sociétés proprement dites sont constituées moins par l'union des personnes que par celle des biens. La doctrine et la législation avaient un ton plus sentimental que scientifique; elles s'attachaient au moins autant à donner de sages conseils sur les procédés et les égards que se doivent mutuellement les associés, qu'à former les règles relatives à l'administration du fonds social. »

(1) Instit. *de societate* : « Societas est contractus, quo inter « aliquos, res aut operæ communicantur, *lucri in commune fa-* « *ciendi gratiâ*; » et plus bas : « Denique... non est satis... com- « munionem consensu iniri inter aliquos, nisi in animo etiam « *communio instituatur*, ut lucrum inde in commune fiat (Pro- « œmium). »

(2) Sur le code *Pro socio* : « Est autem societas contractus « consensu initus, quo inter duos pluresve, res ac operæ *circa* « *lucrum* et damnum communicantur. » (N° 1.)

(3) « Cum hoc agitur, ut *commune sit lucrum et damnum*... « contracta est societas. » (Lib. VII, cap. XIII, n° 2.)

(4) *Pro socio*, n° 1, *de lucri et damni communione*.

(5) Sur le Dig. *Pro socio*, n° 2.

(6) Instit. *de societate*, §§ 941-946.

(7) « Altera nempè et tertia et ultima amicitiæ species est illa, « quâ homines inter ipsos, *causâ utilitatis*, utuntur; quæ *propriè* « *societas*, seu *societatis contractus* nuncupatur; et de jure gen- « tium, *ut emptio et locatio* et *cæteri similes contractus*, invecta « fuit. Postquam enim *per imposturam Satanæ*, excrescente ho- « minum malitiâ, inventa fuerunt pronomina illa, *meum et tuum*, « demonstrantia mundum (ut habetur *in cap. Dilectissimus*, XII, « q. 1), quemadmodum cæteri contractus inventa fuerunt, *causâ* « *utilitatis seu necessitatis*; ita homines attendentes, quod, ultra « ea quæ aliquo modo restabant communia, aliquando *utilitas* « et lucrum suadebant, *bonum esse* et expedire propria res et « labores *in totum vel pro parte in commune ponere*; ideo, sub « diversis modis et formis, communionem in propriis rebus et « laboribus inducere cœperunt, et societatis contractum intro- « duxerunt. » (*De societate*, 20, 21, 22 de la préface.) Ailleurs FELICIUS insiste sur ce point, en disant : « In societate requi- « ritur communio et pro ejus fine et formâ requiritur, ut sit *ad* « *lucrum vel quæstum*, et ista est differentia inter societatem « et cæteros contractus... nunquam in eis fit *ut res ad lucrum* « *sive quæstum*, ut accidit in societate, communicentur. » (Cap. I, n°s 10 et 11.)

(8) *Société*, n° 1.

(9) *Société*, n° 12.

(10) Ainsi POTHIER, dans ses Pandectes (t. I, p. 475, n° 111, *Pro socio*), fait précéder une foule de lois, par lui coordonnées, de cette rubrique : « Ad contractus *societatis* substantiam requiritur, ut singuli contrahant animo *lucri faciendi*! » Que peut-on dire de plus fort?

(11) Voy. dans ma préface ce que je dis de leurs sociétés de banquiers, de publicains; des sociétés pour l'achat d'esclaves, pour les approvisionnements, etc.

(12) N° 5.

(13) BOUTILLIER, *Somme rurale*; *infrà*, n° 31.

(14) Voyez, par exemple, la *Dissertation théol. sur l'usure*, passim.

(15) Add. DUVERGIER, dans son système, ne fait remonter qu'à une époque assez récente, le développement du contrat de société : « A mesure que l'industrie et le commerce ont pris du développement, dit-il (n° 6), des sommes plus considérables et des procédés nouveaux leur sont devenus nécessaires; il leur a fallu plus de bras, plus d'intelligence et plus d'argent. C'est à l'aide

§ 2° (1).

9. Et puis, je ne saurais croire avec Duvergier, que, dans notre ancienne jurisprudence, on n'avait pas des idées assez nettes sur la ligne séparative de la communauté et de la société; nous verrons tout à l'heure (2) qu'à part quelques définitions çà et là reprochables (3), les auteurs ont tout dit à cet égard, et que ce qu'il y a de mieux à faire c'est de suivre leurs leçons. Quant aux coutumes que Duvergier accuse plus particulièrement de cette confusion, elles en sont parfaitement innocentes. Si l'écrivain que je réfute avait pénétré plus avant dans le régime intérieur des sociétés coutumières, c'est là qu'il aurait aperçu un élément sociétaire très-puissant, une administration unitaire très-énergique, un esprit de spéculation agricole aussi actif, aussi bien entendu, aussi fermement caractérisé que la spéculation industrielle peut l'être de nos jours (4).

10. Enfin, j'avouerai que, quelle que fût l'importance que l'ancien droit donnait à l'union des biens, il n'était pas indifférent à l'union des personnes rapprochées par le contrat de société. Ulpien, stoïcien rigide et logicien sévère, dont la tendance ne fut pas, que je sache, d'être trop sentimental, va chercher, avec Papinien, dans une idée de confraternité, la solution de certaines difficultés qu'il rencontre dans ce contrat (5). Caius (6) et Paul (7), quoique leur génie ne fût pas moins positif, veulent aussi qu'on tienne compte de l'influence de la personne, lorsqu'il s'agit de la dissolution de société (8). Partant de ces idées, plusieurs commentateurs ont vu dans la société une association de l'amitié et de l'utilité, et un heureux emploi des sentiments affectueux mis au service des intérêts matériels (9). Mais, remarquons-le bien! ce n'est nullement un sentiment platonique qu'ils ont eu en vue. Noodt a fait ressortir les expressions d'Ulpien: *quodammodo fraternitatis*, pour montrer que les jurisconsultes n'ont pas entendu parler de l'amitié sous le point de vue philosophique, et telle qu'elle a été envisagée par Cicéron dans plusieurs de ses admirables ouvrages (10). Il déclare expressément que les jurisconsultes se sont moins préoccupés de cette espèce d'amitié qui a pour cause la vertu, que de celle qui, moins parfaite, rapproche les hommes par leur intérêt: *ob lucrum atque utilitatem! Prior philosophis cura est; posterior jurisconsultis* (11). Circonscrit dans ces limites, le point de vue est admirable; il me fait apercevoir une vérité d'une haute importance dans

---

des sociétés qu'il a été possible de se procurer ces éléments indispensables et de les combiner d'une manière avantageuse: par conséquent, le nombre des associations s'est rapidement accru, et le signe qui les distingue des simples communautés de biens s'est de plus en plus manifesté. Ce mouvement a commencé au douzième siècle en Italie. Les commerçants de Gênes, de Florence et de Venise ont formé des associations d'un genre jusqu'alors inconnu; ils y ont fait entrer les capitaux sans les personnes; ils ont trouvé dans la solidarité imposée à tous les associés, et dans la publicité donnée à leurs conventions, des moyens d'étendre et d'assurer leur crédit. Les tribunaux et les jurisconsultes sont venus ensuite, qui ont érigé en règles ces ingénieuses combinaisons; qui en ont recherché les principes et développé les conséquences. Toutefois, malgré l'impulsion imprimée aux travaux des légistes par ces importantes innovations, les vieilles doctrines ont conservé longtemps leur influence. Savary, qui écrivait après la publication de l'ordonnance de 1673, s'attache avec un soin particulier à indiquer les qualités du cœur et de l'esprit que l'on doit chercher dans un associé. Ses conseils sont fort sages sans doute; mais ils conviendraient autant à des jeunes gens qui songent à se marier, qu'à des commerçants qui veulent former une association. Toubeau, contemporain de Savary, et lui-même négociant, voulant faire l'apologie des sociétés, s'exprime ainsi:

« Ulpien dit que les sociétés sont louables, parce qu'elles ont « beaucoup de rapport à *la fraternité*. Quintilien dit que c'est « une *chose sainte*, une espèce de *fraternité*, et que tous les as« sociés n'étant qu'un, c'est une espèce de *corps mystique*. La « sainte Écriture dit que celui qui aime sa société, aime mieux « ses associés que ses frères. Personne n'ignore les louanges que « l'histoire donne à la famille des Tabeo romains, qui ont vécu « longtemps en société: seize hommes tous mariés, ayant femmes, « enfants, neveux et serviteurs, au nombre de cinq cents, vivant « en communauté sous un même toit, sans avoir eu aucune que« relle ni contradiction. »

« A la lecture de ce passage, on reconnaît que si le véritable caractère des sociétés n'était pas inconnu aux jurisconsultes et aux industriels de cette époque, du moins les vues économiques et doctrinales se confondaient dans leur esprit avec des appréciations un peu surannées. Ils ne pouvaient parvenir à tracer nettement la ligne de démarcation entre le contrat de société, inventé pour accroître les produits des capitaux et du travail, et ces anciennes communautés, espèces de sociétés primitives, pures de toute pensée d'intérêt, formées non par calcul, mais par penchant, non pour le bénéfice qu'elles devaient procurer. Sous de pareilles influences, il était difficile que les dispositions législatives et les principes de droit en cette matière, reçussent de grands perfectionnements. On avait des règles sur l'apport des mises sociales et sur son effet; sur la détermination des parts de chaque associé dans les bénéfices; sur les causes de dissolution de la société, et sur les moyens d'opérer le partage. Que fallait-il de plus? Y avait-il même quelque chose de possible en delà? A la vérité, l'administration de la société dépendait entièrement des stipulations des associés, et si leur prévoyance n'avait point nommé un gérant et déterminé ses pouvoirs, le droit de chacun était égal, tout le monde était maître. Mais cette absence d'organisation ne paraissait pas avoir d'inconvénients, à raison des liens qu'on supposait exister entre les associés; des dissensions étaient peu probables entre gens qui devaient s'aimer plus que des frères, qui formaient un corps mystique, qui avaient fait une chose sainte. »

(1) **Add.** *Rareté des sociétés civiles.* — DUVERGIER, n° 3, dit à ce sujet: « Les sociétés civiles sont rares; chaque jour, au contraire, voit naître de nombreuses sociétés de commerce. Il ne faut point s'en étonner: le but que se proposent les commerçants étant de se procurer des bénéfices par l'exploitation de leurs capitaux et par l'exercice de leur industrie, l'association, moyen puissant d'arriver à ce résultat, doit être fréquemment employée par eux. Les hommes étrangers au commerce, se contentent des revenus presque spontanés de leurs biens, ne songent pas à former des sociétés pour les augmenter; ils sont plus touchés des plaisirs d'une jouissance exclusive, que sensibles à l'avantage d'un accroissement de produit. Tel a été, du moins pendant longtemps, le sentiment qui a dominé dans cette classe. De nouvelles idées semblent aujourd'hui s'y introduire, et tout fait présager qu'elles s'y développeront rapidement. Mais alors même que les sociétés civiles deviendraient aussi nombreuses que les sociétés de commerce, elles n'en seront pas moins distinctes et séparées. »

(2) *Infrà*, n°s 20 et suiv.

(3) Dans quelle matière n'y a-t-il pas de mauvaises définitions?

(4) Voy. la préface, et *infrà*, n° 666.

(5) L. 6, D. *Pro socio*. Cum societas jus quodammodo *fraternitatis* in se habeat.

(6) III. Instit. 152.

(7) L. 65, § 9, D. *Pro socio*.

(8) *Junge* JUSTINIEN, Instit. *de societate*, § 5.

(9) FELICIUS, dans le passage cité tout à l'heure; CUJAS, Paratit. sur le code *Pro socio*; HEINECCIUS, *Inst. de societate*, §§ 942, 947.

(10) *De amicitia*, cap. XVII; *de legibus*, I, n° 12. V. Aristot. 8, *de moribus* 2.

(11) Sur les Pand. *Pro socio*, p. 297.

l'association des capitaux, à savoir que le choix des personnes est l'un des principaux ressorts de leur prospérité, et que dès lors le contrat de société prend l'un de ses points d'appui les plus solides dans la confiance et l'estime réciproques (1). Que les sciences économiques se préoccupent surtout du gain et de la production; c'est leur affaire, c'est leur lot. Mais la jurisprudence, science morale au plus haut degré, a d'autres devoirs à remplir; elle doit rechercher, par l'analyse, les liens moraux auxquels les intérêts viennent se rattacher pour mieux se développer à l'ombre de la bonne foi (2).

11. Nous maintenons donc que, de tout temps, le but de la société a été de faire un gain et de le partager; que toujours les jurisconsultes ont eu l'œil ouvert sur cette condition substantielle de ce contrat; que l'art. 1832 du code civil n'a fait que suivre leurs enseignements, et qu'il n'y a rien de nouveau à dire sur un point, que tant d'autorités imposantes ont mis en lumière et en pratique.

12. Mais de quelle nature doit être ce bénéfice poursuivi par la société? Est-ce nécessairement un bénéfice pécuniaire, un gain matériel? ou bien doit-on faire entrer en ligne de compte les avantages moraux, les jouissances d'affection, les distractions intellectuelles que peut procurer une association?

La négative est certaine, et les bénéfices de la société doivent être des bénéfices pécuniaires ou appréciables en argent.

Par exemple, un père, voulant conserver sa fille auprès de lui, stipule, en la mariant, que les futurs époux demeureront dans sa maison et auront à frais communs la même habitation et la même table. Ce père et les futurs époux obéissent à leurs affections; ils ne font pas une spéculation lucrative. Ce n'est pas une société (3). En effet, le mot *bénéfices*, employé par notre article, n'a en vue que les gains, les profits ou avantages pécuniaires, ou appréciables en argent, que, soit le travail, soit l'esprit de spéculation, soit une bonne combinaison, retirent d'une affaire ou d'une exploitation quelconque; il répond au mot *lucrum* (4), qui revient si souvent dans le titre du Digeste *Pro socio* (5); c'est l'émolument appréciable en argent qui s'ajoute à la masse des biens du père de famille, après que toutes les dettes ont été payées (6); c'est, en un mot, ce qui le fait plus riche et accroît son bien-être matériel. Je sais bien que quelquefois les docteurs ont dit que celui-là gagne qui satisfait son désir. « Dicitur lucrari qui explet voluntatem suam (7). » Mais ce n'est pas en matière de société que cet adage est pleinement applicable; il ne convient pas à la définition de notre article.

12 2° (8).

13. Mais remarquons bien qu'encore que la société

---

(1) Voilà pourquoi j'approuve fort SAVARY d'avoir donné de bons conseils sur les qualités qu'on doit chercher dans un associé. Ce n'est pas là faire du sentiment, c'est faire de l'intérêt personnel bien entendu. Voy. les art. 1861, 1865, 1871, et les n°s 983 et suivants; on y verra l'utilité de ce choix.

(2) Un auteur d'un mérite assez secondaire, TOUBEAU, contemporain de Savary, voulant faire l'apologie des sociétés commerciales, a cité avec emphase et Ulpien, et l'Écriture sainte, et l'histoire romaine, pour montrer combien les sociétés sont *chose louable* et *sainte*. Il termine en rappelant qu'une *gens* romaine vécut dans une longue et nombreuse communauté, sans avoir eu aucune querelle ni contradiction (Institutes du droit commercial, liv. II, tit. III, chap. I). Si ce passage prouve quelque chose, c'est tout au plus le mauvais goût de cet écrivain et son affectation à se parer d'une science ampoulée. Mais DUVERGIER, n° 6, veut à toute force que ce soit la manifestation éclatante de la confusion qui régnait autrefois entre le contrat de société inventé pour obtenir un gain, et « ces anciennes communautés, espèces de sociétés primitives, pures de toute pensée « d'intérêt, formées *non* par calcul, mais *par penchant*, non pour « *les bénéfices* qu'elles pouvaient produire, mais pour *le bonheur* « *qu'elles devaient procurer*. » Je ferai observer d'abord que pour juger l'esprit de l'ancien droit il y avait de plus graves auteurs à consulter que Toubeau; j'ajouterai que Duvergier se méprend tout à fait sur le caractère des *gentes* romaines. Cette puissante organisation fut le fruit d'une pensée politique et religieuse très-profonde et très-bien calculée; elle dévoile un esprit d'association dont la vitalité aristocratique fait pâlir toutes nos modernes combinaisons. Il ne faut pas transformer en idylle la rude histoire de ces *gentes!*

(3) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement*, t. III, n° 2772.

Add. « Il en serait de même, ajoutent ces deux auteurs, encore que les parties convinssent de fournir à leurs besoins avec le produit de leur industrie; la communauté n'a point pour objet des bénéfices, mais l'agrément du voisinage. »

(4) Je ferai remarquer, sur le sens du mot *lucrum* et du mot *quæstus* dont les auteurs traitent avec tant d'insistance, que toutes leurs définitions ne peuvent servir de guide sur la question qui nous occupe. En effet, c'est presque toujours à propos des sociétés de tous gains et des sociétés d'acquêts, comparées dans leur étendue, que ces définitions sont données. On peut voir les chapitres XII et XIII du *Traité de la société*, de FELICIUS, le commentaire de DONEAU, sur le code *Pro socio*, préface, n° 20, et autres. Par exemple, on comprend que pour résoudre la question de savoir si la société d'acquêts comprend un legs, une hérédité, une donation, il faille des distinctions qui, ici, pourraient induire en erreur. C'est en vue de cette question que PAUL disait « que le *quæstus* est ce qui *ex operâ cujusque descendit* » (l. 8, 12, 13, D. *Pro socio*). Le mot *bénéfices* de notre article a beaucoup plus d'étendue.

(5) Voy. aussi Instit. *de societate*, § 3.

(6) ULPIEN, l. 30, D. *Pro socio* : « Neque lucrum intelligi« tur, nisi omni damno deducto. » Voyez GODEFROY, sur ce texte.

VINNIUS, en paraphrasant cette loi, a dit : « Id demum pro « lucro reputatur quod, deducto omni damno atque impensis, « superest. » (Instit. *de societate*, § 2, n° 4.)

COVARRUVIAS : « Illum tantum lucrum sit, quod, compensa« tione damni factâ, liquide superest. » (Tit. II, lib. III, cap. II, concl. 2.)

(7) FELICIUS, *de societate*, cap. XXVIII, n° 55. Il cite la glose, Tiraqueau, Surdus, etc.

(8) **Add.** *Si un négociant convient avec une autre personne qu'il lui donnera tous les ans telle part dans les bénéfices de son commerce, un quart, par exemple, sans que cette personne apporte rien, ni argent, ni industrie, y a-t-il société?* — POTHIER pense « que ce n'est pas une société, mais une donation; et que, comme c'est une donation de biens à venir, elle ne serait valable qu'autant qu'elle serait faite par le contrat de mariage du donateur. Mais ne pourrait-on pas dire que cet acte renferme une donation d'un intérêt dans la société, égal à la part promise dans les fruits, dans l'espèce, d'un quart, et que cet intérêt étant quelque chose de présent, c'est réellement une donation de biens présents, qui est valable si elle réunit d'ailleurs toutes les conditions et formalités exigées pour les donations entre-vifs? En effet, puisque cet intérêt pourrait être vendu, on ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas être l'objet d'une donation. » Op. conf. de DUVERGIER, n° 55.

PARDESSUS, n° 983, dit sur la question : « La nature du contrat de société commerciale ne permet pas qu'on puisse être membre d'une société, sans y rien conférer. La convention par laquelle des personnes qui contractent une société, consentiraient qu'une d'elles ait telle portion d'intérêt, sans faire aucune mise, serait en général un don de biens à venir, dépendant, pour sa validité, des règles particulières du droit civil sur les donations.

« Mais ce principe doit être sainement entendu et appliqué,

n'eût pas pour but de partager une somme d'argent, elle n'en serait pas moins une société proprement dite, pourvu que l'avantage qu'elle procure fût appréciable en argent. Ulpien propose le cas de deux voisins, qui s'associent pour faire construire un mur, afin d'appuyer des ouvrages de charpente et de maçonnerie (1). Il aperçoit dans ce résultat un avantage de la nature de ceux que la société est destinée à procurer. Le même jurisconsulte s'occupe de deux personnes, qui avaient acheté ensemble un site pour se conserver la vue dont jouissait leur maison (2). C'était un plaisir que ces deux personnes voulaient se procurer; mais ce plaisir des yeux était appréciable en argent, car il donnait plus de valeur aux deux édifices. Ulpien applique donc le nom de société à cette combinaison (3).

Pothier appelle aussi société (4) la convention de deux voisins qui se sont associés pour acheter en commun un équipage et en jouir chacun à leur tour. L'agrément ou l'utilité d'une voiture dans une grande ville est un avantage réel et appréciable en argent, que l'un de ces voisins ne pourrait peut-être pas se procurer avec sa seule fortune, mais dont une association le fait jouir. C'est donc un bénéfice dans le sens de l'art. 1832 (5).

Ceci sert à qualifier la convention suivante, dont j'ai vu un exemple.

Plusieurs habitants d'une ville, voulant se procurer le plaisir de la promenade, achètent en commun un jardin paysagiste, afin que chacun puisse s'y promener avec sa famille, quand bon lui semblera; un certain nombre d'actions est créé et réparti entre tous les acquéreurs. Bien que cet immeuble ne soit pas possédé dans la vue d'en tirer un revenu pécuniaire, bien qu'il puisse même entraîner des charges pour son entretien et qu'il ne soit qu'un objet voluptuaire, les associés y trouvent cependant un avantage appréciable en argent. Car le droit de se promener dans un lieu agréable se paye quelquefois très-cher; il a une valeur positive, qui s'ajoute aux jouissances que la fortune est destinée à procurer.

Ce contrat est donc une société; et de là il suit qu'on devra respecter la clause qui porterait que le partage n'aurait pas lieu avant quarante ans. Ce n'est pas une simple indivision contre laquelle on puisse s'armer de l'art. 815 du code civil (6).

14. Ici se présente une difficulté. Puisque les bénéfices sont l'excédant du gain sur la perte, puisque d'ailleurs il est de l'essence de toute société que les parties se proposent des bénéfices à faire en commun, pourra-t-on donner le nom de société aux associations qui ont pour but, non pas de faire un bénéfice, mais de réparer simplement un dommage?

On sait que les assurances mutuelles pour la grêle, l'incendie, les épizooties et autres fléaux, sont exclusives de toute pensée de bénéfices, et qu'il serait contraire à leur essence qu'elles devinssent l'occasion d'un gain pour les associés (7). La raison en est simple : ces associations sont constituées sur des bases autres que celles des compagnies d'assurance à prime, lesquelles sont toujours formées dans la vue d'un bénéfice. Dans les assurances mutuelles, chacun est en même temps assureur et assuré. Or, si l'assureur peut se promettre des gains, il n'en est pas de même de l'assuré qui ne peut jamais faire servir l'assurance de moyen d'acquérir. Il suit de là que, dans la mutualité, la qualité d'assuré paralyse le droit ordinaire de l'assureur; et que toute l'efficacité des assurances mutuelles se concentre dans la réparation d'un dommage, d'après cette maxime de Straccha : « Assecuratus *non quærit lucrum, sed agit ne in damno sit* (8). Toutefois on a coutume de les placer dans la catégorie des sociétés; des règlements d'administration publique leur donnent ce nom (9); leur établissement doit être autorisé par des ordonnances royales comme si elles étaient de véritables sociétés anonymes (10).

Quoi qu'il en soit, il est certain que le caractère de société manque à ces associations (11); privées de la possibilité de faire des bénéfices, elles ne sauraient être rangées dans les variétés du contrat de société; et si l'on veut parler un langage précis et légal, on les appellera *compagnies* d'assurance mutuelle, mais non pas *sociétés*. Il est vrai que, sous certains rapports, elles ont beaucoup de ressemblance avec les sociétés anonymes. Leur organisation intérieure est à peu près la même; et comme les engagements des associés et le but de ces compagnies intéressent l'ordre pu-

---

si celui qui a formé un établissement, une entreprise, ou commencé une opération de commerce quelconque, faisait donation à un ami d'un quart, de moitié ou de toute autre quotité dans cette affaire, la portion d'intérêt ainsi donnée, quoique destinée à procurer des produits futurs, n'en serait pas moins une chose présente, un droit certain à des profits éventuels; on ne pourrait y voir une simple donation de biens à venir.

« Une telle part peut être vendue, on en a de fréquents exemples, et c'est sur ce droit qu'est fondée la théorie des actions, dont nous avons parlé, n° 973. Il n'y a aucune bonne raison pour qu'elle ne puisse être donnée. Cette manière de disposer n'est pas plus une donation de biens à venir, que le serait celle d'un billet de loterie, qui a l'effet d'assurer au porteur le produit de ce que le sort fera échoir aux numéros portés sur ce billet. La seule condition nécessaire, mais qui ne tient ni à la nature des choses, ni aux principes de droit commercial, serait qu'une telle donation n'eût pas pour objet d'éluder les lois qui prohibent ou limitent la faculté de donner à certaines personnes. »

(1) L. 52, § 13, D. *Pro socio; infrà*, n° 30.

(2) L. 52, § 13, D. *Pro socio*.

(3) Je cite aussi cette loi, *infrà*, n° 28, où j'examine quand l'achat d'une chose en commun donne naissance à une société.

(4) N° 135, *Société*.

(5) On s'aidera aussi des données du n° 28, pour mieux voir que cette convention peut très-bien être une société et non une communauté simple.

(6) Je renvoie aux nos 20 et 28 pour les raisons qui montrent que cette situation n'est pas l'état *passif* de la communauté, mais qu'il y a société véritable dans cet achat d'une chose que les parties entendent conserver pour un but commun.

Add. Championnière et Rigaud, n° 2771, citent le cas suivant : « Des propriétaires se réunissent et font un fonds commun, qu'ils destinent à l'entretien d'un chemin conduisant à leurs héritages; il peut y avoir une société, parce qu'il existe un bien commun et une entreprise commune. Mais, sans stipuler de mises, ils conviennent qu'ils entretiendront le chemin, chacun pour sa part; il n'y a pas de société, faute d'une chose commune et indivise. Cependant une délibération du 11 septembre 1822 a ordonné dans ce cas la perception du droit de 5 francs; mais le *Dictionnaire de l'enregistrement*, qui rapporte cette décision, v° *Société*, n° 93, la critique avec raison. »

(7) Émérigon, chap. 1, section IV, expose la théorie « que l'assurance ne peut jamais devenir pour l'assuré un moyen d'acquérir. »

(8) *De assecur.*, glose 20, n° 4.

(9) Avis du conseil d'État du 15 octobre 1809 (Lepec, t. XI, p. 143).

(10) Id., combiné avec l'art. 37 du code de comm. sur les sociétés anonymes.

(11) Pardessus, t. IV, n° 969.

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 42, de Zachariæ, § 377, nota.

blic (1), l'administration a dû nécessairement intervenir dans leur institution. Mais ces ressemblances avec la société anonyme sont loin de constituer une parfaite identité, et la sagacité du jurisconsulte ne saurait s'y méprendre. C'est du reste ce qu'a jugé la chambre des requêtes le 12 janvier 1842, au rapport de M. Mestadier et sur les conclusions conformes de M. Pascalis (2), dans une affaire où l'on voulait se prévaloir des règles du contrat de société pour juger la position d'un des mutualistes. La cour pensa que ces associations ne sont pas nécessairement soumises aux principes par lesquels le contrat de société est gouverné (3).

15. Quelquefois une association peut se former dans le double but de se préserver d'un danger et de faire des bénéfices. En temps de guerre, dit Casaregis (4), les vaisseaux étant exposés aux prises des corsaires et des ennemis, les princes, ou même les propriétaires de vaisseaux ont coutume d'unir les forces de plusieurs navires destinés à voyager de conserve pour résister aux attaques ou faire des captures. Quoique le but unique de ces associations ne soit pas de se procurer des bénéfices, et que le besoin de la légitime défense y joue un grand rôle (5), elles ne sont pas moins des sociétés caractérisées; on les appelle sociétés de *conserve*, ou sociétés de navigation. Il y a chance et espérance de profit fait en commun (6); il n'en faut pas davantage pour y trouver les conditions précises de la société.

J'en dirai autant de plusieurs associations formées en Provence et ailleurs pour opérer des dessèchements. Ces sociétés, en cherchant à se préserver des dangers des inondations et de la contagion du mauvais air, ont aussi pour but d'améliorer les terres sur lesquelles elles opèrent, de les rendre plus propres à la culture et de tirer des bénéfices de leurs travaux de dessèchement et d'assainissement.

Si cependant il en était quelques-unes qui agissent dans l'unique but de se préserver, et non pour arriver à des gains, on leur appliquerait les idées que nous exposions au numéro précédent.

16. Il ne suffit pas que le contrat procure un bénéfice; il faut encore que ce bénéfice soit fait en commun; un bénéfice que les parties feraient pour leur compte séparé, avec des choses mises en commun, caractériserait une combinaison tout autre que celle que le contrat de société a en vue: « Sic autem, dit « Doneau, societas contrahi debet, ut lucrum indè « fiat, *et id commune sit* (7). » Vinnius, formé à l'école de Doneau, dont il fut l'abréviateur et souvent le copiste, avait aussi compris la force de cette circonstance, et il en avait fait ressortir la gravité par ces mots de sa définition de la société: LUCRI IN COMMUNE FACIENDI GRATIA (8). Cette idée est renfermée également dans ces expressions de notre article: *dans la vue de* PARTAGER LE BÉNÉFICE, etc.; car le partage suppose nécessairement une communion; le bénéfice doit donc être un avantage recueilli en commun.

C'est pourquoi si deux laboureurs conviennent que l'un unira son cheval au cheval de l'autre, pendant huit jours, pour labourer son champ, et que la semaine suivante l'autre jouira du même avantage pour le labourage d'un autre champ, dont il est propriétaire, ce ne sera pas un contrat de société. Pourquoi? Parce que l'avantage que les parties retirent de cette convention n'est pas un avantage recueilli en commun; le profit est au contraire individuel, distinct, séparé (9).

Cette règle sert à résoudre la question suivante:

Deux négociants avaient mis en commun une somme de 2,000 fr. pour en jouir alternativement trois mois chacun pour les besoins de leur commerce respectif. La bourse commune n'était jamais employée dans l'intérêt commun des parties; seulement, elle était alternativement à leur disposition pour leurs affaires particulières. Des difficultés s'étant élevées entre ces deux négociants, l'un d'eux demanda à être renvoyé devant des arbitres, conformément à l'art. 51 du code du commerce. Il échoua devant les tribunaux et, sur son pourvoi en cassation, la chambre des requêtes rejeta ses prétentions, attendu qu'une telle opération ne pouvait constituer une société, puisqu'il n'y avait pas profit à partager entre les associés (10).

Nous citions ci-dessus (11) l'exemple de deux personnes jouissant chacune à leur tour de l'équipage commun, et aussi celui des actionnaires pouvant prendre

---

(1) Expression de l'avis du conseil d'État, précité.

(2) L'assurance mutuelle de l'Aisne, etc., contre la dame Vigneronne, veuve Moutan et consorts.

(3) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, nº 42. Il ajoute, nº 43: « On comprend aisément que les compagnies d'assurances à prime forment au contraire de véritables sociétés. Ceux qui mettent en commun des capitaux, pour assurer des risques de quelque nature que ce soit, et pour profiter du bénéfice que présentera l'excédant des primes sur le montant des sinistres, forment un contrat dans lequel sont évidemment réunis tous les caractères de la société; mises, chances de bénéfices et de pertes, et enfin participation des uns et aux autres, dans la proportion des mises. »

(4) Disc. 20, *infrà*, nº 113. Les érudits ont voulu trouver quelque chose d'approchant, dans ce passage d'une lettre de Cicéron à Atticus: « Dymæos, agro pulsos, mare infestum habere « nil mirum. Videndum est ut mansio laudetur. Ev ὁμοπλοίᾳ » Bruti videtur aliquid præsidii esse. Sed opinor, minuta navigia. » (Epist. I, lib. XVI, éd. Panck., t. XXV, page 102) « Il n'est pas étonnant que les Dymæus, dépouillés de leurs biens, infestent les mers de leurs pirateries. Peut-être qu'il faudra faire approuver que je ne parte pas. Je courrais moins de dangers si je m'embarquais avec Brutus; mais je crois qu'il n'a que de petits vaisseaux. »

(5) CASAREGIS, disc. 20; GROTIUS, lib. II, cap. XII, nº 25; VOET, *Pro socio*, nº 8; PARDESSUS, t. III, nº 656, et t. IV, nº 984.

(6) *Infrà*, nº 314.

(7) Sur le code *Pro socio*, préface, nº 19. Voyez sa définition de la société, nº 1, et les passages rappelés *suprà*, nº 6, en note.

(8) Voy. ce passage *suprà*, nº 8, en note. Il est copié de DUARAC, dont les passages sont rapportés au nº 6.

(9) DURANTON, t. XVII, nº 330; DUVERGIER, *Société*, nº 55.

Add. DURANTON dit: « Ce n'est pas non plus un commodat, parce que le contrat n'est pas gratuit; il est, au contraire, commutatif. Enfin ce n'est pas non plus un louage de choses, attendu que le prix n'est pas en argent; c'est un contrat innommé, qui eût produit dans le droit romain l'action *præscriptis verbis*, et qui chez nous serait régi par les règles générales du contrat de louage.

« Mais si ces individus employaient leurs bœufs à faire un charroi qui leur serait commun, par exemple pour aller chercher un char de bois qu'ils devraient partager, leur convention serait un véritable contrat de société, dans lequel chacun d'eux aurait mis la jouissance ou l'usage de sa chose pour un but d'intérêt commun.

« Et si le propriétaire d'un terrain convient avec un entrepreneur que celui-ci y fera avec ses matériaux telles constructions, pour le tout être commun entre eux, et être vendu en commun ou licité entre eux, c'est également un contrat de société, et non de louage d'ouvrage. »

(10) 4 juillet 1826 (DALLOZ, XXVI, 403; SIREY, XXVI, 1, 64).

Add. Op. conf. de DUVERGIER, nº 56.

(11) Nº 15.

isolément le plaisir de la promenade dans le jardin mis en société. Ces circonstances ne sont pas exclusives de la combinaison requise par notre article. Dans le premier cas, l'avantage est si bien en communauté, que si, au jour qui est le tour de l'un des associés, l'autre avait besoin de l'équipage pour une affaire qui ne pût être remise, tandis que celui-là n'en eût besoin que pour des affaires susceptibles d'être différées, il devrait laisser son associé s'en servir, et réciproquement (1). A la vérité, le contrat a assigné aux associés tant de jours de jouissance, mais c'est pour une plus grande commodité, sans qu'on puisse dire que cette jouissance ainsi répartie empêche le lien de communauté de subsister.

Dans le second cas, la jouissance personnelle et isolée est un simple accident. En fait, elle peut être journellement commune; en droit, elle l'est toujours, car nul des actionnaires ne peut empêcher ses cosociétaires de se promener quand lui-même se promène.

16 2° (2).

17. Quant à la nécessité de partager le bénéfice recueilli dans cette communauté d'intérêts, nous verrons par l'art. 1853 la haute importance de cette condition.

Pour le moment, nous ferons observer que le mot *partager*, dont se sert notre article, ne doit pas être pris dans le sens restreint d'une division materielle : comme, par exemple, quand on partage une pièce de terre, des meubles ou autres choses dont on fait des lots. Le mot *partage* a ici un sens plus large. Dans la signification de l'art. 1832, il y a partage toutes les fois qu'il y a participation aux avantages de la société; ces avantages sont partagés lorsqu'on est appelé à y prendre part d'une manière quelconque, même sous condition (3). Cette observation, sur laquelle nous reviendrons plus tard, nous facilitera la solution d'une question grave (4).

17 2° (5).

18. Je viens de faire ressortir les points cardinaux que l'art. 1832 a resserrés dans sa définition; ils forment l'essence de la société; c'est pourquoi l'art. 1832 me paraît satisfaire à la règle qui veut qu'une bonne définition ne comprenne que la substance de la chose définie.

Remarquons, du reste, que notre article n'a pas cru devoir mentionner l'obligation des associés de partager la perte. D'autres ont vu là une omission de nature à laisser incomplète l'idée qu'on doit se faire du contrat de société (6). Un jurisconsulte, aussi judicieux que profond, avait depuis longtemps prévu cette objection. « Pourquoi, disait Doneau (7), n'ai-je pas « parlé de l'obligation des associés de partager le « dommage? Deux raisons m'y ont déterminé : la « première, c'est que les parties ne s'associent que « pour faire un gain; car si elles prévoyaient que « des chances mauvaises les constitueraient en perte, « elles ne s'associeraient pas. La seconde, c'est que « la communication de la perte n'est pas de l'essence « du contrat de société, tandis que la condition de « partager le gain est substantielle. Nulle société ne « saurait exister sans communication du gain; mais « on peut convenir que l'un des associés sera affran« chi de toute participation au dommage; car il peut « souvent arriver que le travail de l'un des associés « est tellement précieux qu'il soit juste de lui faire « cette condition (8). Il n'est donc pas nécessaire de « parler de la perte dans la définition de la société; « ce qui n'empêche pas que si les parties ne se sont « pas expliquées sur les proportions dans lesquelles « elle sera supportée, on ne la partage par moitié; « mais cela se fait, non pas principalement, mais par « une conséquence forcée de la règle qui veut que le « gain se divise par moitié. Le dommage suit la règle « du gain; c'est un sous-entendu nécessaire, et voilà « tout (9). »

---

(1) Pothier, n° 133.

(2) **Add.** *Espèce prévue par les lois romaines et dans laquelle la question de savoir s'il y a ou non société se décide d'après l'intention.* — Duranton la rappelle en ces termes, n° 332 : « Ulpien, dans la loi 44, ff. *Pro socio*, suppose qu'une personne qui a des pierreries les remet à une autre pour les vendre, en lui disant que, si elle les vend 10,000 sesterces, elle devra lui rendre cette somme; mais que si elle les vend davantage, elle gardera le surplus; et Ulpien dit que la question de savoir si la convention est un contrat de société ou un contrat innommé, dépend de l'intention qu'ont eue les parties. Si leur intention a été de faire une société, il y a lieu à l'action *pro socio* avec tous ses effets. Dans le cas contraire, il y a lieu seulement à l'action *præscriptis verbis*. Or, l'intention des parties n'aurait pas été de faire une société, si elles n'avaient eu en vue un bénéfice à faire en commun.

« Supposez, en effet, que celui qui avait les pierreries n'eût pas été embarrassé d'en avoir 10,000 sesterces, au cas où il eût voulu les vendre; que son but, en les remettant à l'autre partie, n'eût été que de lui rendre un service, pour qu'elle pût, en les vendant au delà de cette somme, faire un bénéfice; dans ce cas, ce n'était pas une société, mais un contrat innommé. » Voyez ci-après, n° 34.

(3) N° 37, *infra*.

(4) *Infra*, nos 614 et 646; voyez aussi, n° 30, une espèce empruntée à Ulpien.

(5) **Add.** *Y a-t-il société dans la convention par laquelle le propriétaire d'un cheval le joint à trois chevaux appartenant à un autre, pour en former un attelage et vendre plus avantageusement?* — Duvergier, n° 46, s'exprime ainsi sur la question : « Voici un autre exemple, dans lequel le caractère du contrat ne se révèle point non plus d'une manière plus claire; il est fourni par la loi 58, ff. *Pro socio* : « Vous avez trois chevaux, dit Ul« pien, et moi j'en ai un; nous avons contracté ensemble une « société, et il a été convenu que je vous livrerai mon cheval, « que vous vendrez le quadrige et que vous me donnerez le quart « du prix de la vente.

« Si mon cheval meurt avant la vente, selon Celsus, la société « ne continue point à exister; vous ne me devrez point une par« tie du prix de vos chevaux, car la société n'a pas été formée « dans le but de conserver le quadrige, mais dans l'intention de « le vendre. Si, au contraire, il avait été convenu que l'on com« poserait le quadrige, qu'il deviendrait commun, que vous au« riez les trois quarts et moi le quart, sans aucun doute, malgré « la mort de mon cheval, nous restons associés. »

« Les solutions que présente ce texte sont incontestables; mais il suppose que dans les deux conventions sur lesquelles il s'explique, il y a également société; cependant elles diffèrent essentiellement l'une de l'autre. Dans la seconde, les chevaux sont mis en société, ils forment une propriété commune, dont les bénéfices se partagent proportionnellement aux mises. Dans la première, rien n'est mis en commun, ni les chevaux, ni leur jouissance, ni leur usage; il n'y a point de copropriété entre les parties; chacune conserve sa propriété exclusive et distincte. Comment des éléments si différents constitueraient-ils un même contrat? Quel est, au surplus, le signe qui montre que ces individualités si bien tranchées ne sont pas des variétés d'un même genre, des membres d'une même famille? » Op. conf. de Championnière et Rigaud, n° 2770. Voy. ci-après, n° 112.

(6) Duvergier, n° 13.

(7) Comm., lib. XIII, cap. XV, n° 7.

(8) Instit. *de societate*, § 2; Caius, III, com. 149; Ulp., 29, § 1, D. *Pro socio*; Paul, l. 30, D. *Pro socio*.

(9) Doneau revient sur cette idée, dans son comm. du titre du code *Pro socio*, préface, n° 7.

Ces raisons avaient paru décisives à la plupart des jurisconsultes qui écrivirent après Doneau. Elles inspirèrent et Vinnius, qui s'écarte rarement des doctrines de ce maître (1), et Pothier, dont le savoir si vaste et si modeste s'était nourri de tout ce que ses prédécesseurs avaient enseigné d'excellent (2). L'article 1832 s'est formulé là-dessus. Boutteville (3) et Gillet (4), en en faisant l'exposé, ne sont que l'écho de Doneau, ou du moins se rencontrent avec lui.

Je sais tout ce que l'art. 1855 peut offrir d'objections aux raisonnements que Doneau tire de la possibilité d'exempter un des associés de la contribution aux pertes. Quand je serai parvenu à cet article, j'examinerai (5) comment il se concilie avec la doctrine que Doneau, et Pothier après lui, ont empruntée aux lois romaines. Mais, en laissant pour le moment à l'écart cette partie de l'argumentation de Doneau, n'a-t-il pas exprimé une vérité palpable quand, s'emparant de l'essence de la société, et laissant à l'écart tout ce qui n'y joue pas le rôle d'un principe, il dit avec un bon sens si démonstratif : On ne s'associe pas pour partager des pertes, mais pour faire des bénéfices en commun? Voilà la fin du contrat de société; voilà l'idée qui le domine! Que si, après cela, des pertes surviennent qui trompent l'attente des parties, il va sans dire qu'elles seront communes. « Æquum est enim, » disait Ulpien, « ut cujus « participavit lucrum, participet et damnum (6). » Qu'est-ce d'ailleurs qu'un bénéfice? n'est-ce pas ce qui reste, toutes les pertes étant déduites (7)? Le partage des bénéfices suppose donc implicitement, mais nécessairement, qu'il a été fait un partage des pertes.

Reconnaissons-le donc : il est évident que l'article 1832 répond d'une manière satisfaisante à ce qu'on exige de lui; il y a du sens et de la finesse dans son laconisme; les développements dont on aurait voulu qu'il s'embarrassât eussent nui à la concision.

19. Maintenant que les traits caractéristiques de la société sont nettement dessinés, il me reste à la placer en regard de certains rapports civils, avec lesquels elle a quelques points de contact, quoiqu'elle en diffère profondément. Les contrastes, que cette suite de parallèles va offrir, achèveront de mettre dans tout son relief la physionomie de notre contrat.

20. Et d'abord nous rechercherons quelles dissemblances existent entre la communauté et la société.

J'ai dit ci-dessus (8) que le mot société, pris dans son acception la plus compréhensive, a été quelquefois appliqué aux rapports des communistes entre eux. Les lois romaines en offrent des exemples, et Treilhard, dans son exposé des motifs du contrat de société, les a imités (9).

Toutefois, la simple communauté et le contrat de société ne doivent pas être confondus (10); entre la première et le second il y a des limites séparatives devant lesquelles l'analyse sait s'arrêter.

En principe, toute société suppose une communauté (11), mais toute communauté n'est pas une société (12). La communauté est le genre; la société est une espèce dans ce genre (13), espèce très-notable et très-importante (14), et qui par cela même laisse mieux apercevoir en quoi la simple communauté reste éloignée d'elle.

Une même chose est léguée à deux personnes; ou bien une hérédité s'ouvre au profit de plusieurs héritiers; voilà une communauté, mais ce n'est pas là une société (15). Ce sera tout au plus ce que les docteurs (16) ont appelé *societas incidens*, pour montrer qu'une telle réunion de personnes est souvent l'ouvrage du hasard, et qu'elle n'est pas le vrai contrat de société; lequel ne peut être que le produit de volontés libres, s'unissant dans la vue d'un bénéfice commun. Il n'y a que cette dernière société qui donne lieu à l'action *pro socio*. La communauté ne l'engendre pas (17).

21. Il ne faut cependant pas conclure de là que la différence entre la communion et la société, c'est que celle-là se forme sans contrat, tandis que celle-ci résulte nécessairement du concours de deux volontés. Un texte de Paul (18), trop généralisé, pourrait conduire à cette opinion. Mais ce serait une erreur démentie par Ulpien (19), et réfutée par le président Favre (20). On peut se mettre en communauté par une convention. C'est ce qui arrive tous les jours quand on achète une chose en commun (21) sans avoir la volonté de former une société (22). C'est ce qui peut arriver encore si deux voisins conviennent de mêler leur vin dans le même tonneau (23), pour le tirer au fur et à mesure de leurs besoins. Enfin, quand deux personnes, usant de la faculté que leur donne l'art. 815 du code civil, font une convention pour proroger leur indivision, la communauté est conventionnelle.

22. Quel est donc le signe qui sépare la communion de la société? C'est que la communauté est un état passif, tandis que la société se sert de la communauté comme moyen pour faire un bénéfice et le partager (24). Dans la première, dit Conan, il suffit qu'il y ait entre

(1) Sur les Instit. *in Procem.*

(2) Combinez sa définition, n° 1, avec ce qu'il dit, nos 19 et 25.

(3) Rapport au tribunal. FENET, t. XIV, p. 405.

(4) Discours au corps législatif. FENET, t. XIV, p. 41.

(5) *Infrà*, n° 648.

(6) L. 55, D. *Pro socio.*

(7) ULPIEN, l. 30, D. *Pro socio.*

(8) N° 1.

(9) « Le projet est étranger à une autre *espèce de société* qui se forme entre des personnes rapprochées par quelque événement, *quelquefois indépendant de leur volonté particulière*, comme, par exemple, entre des cohéritiers, tenus de supporter *en commun* les charges d'une succession *dont ils partagent les bénéfices*, etc. » (FENET, t. XIV, p. 393.)

(10) POTHIER, *Société*, nos 2, 122, 182, 184, 189, 194; CUJAS, *Observ.*, lib. X, cap. XXV; PARDESSUS, t. IV, n° 966.

(11) *Suprà*, n° 4.

(12) FAVRE, sur la loi 14, D. *Pro socio.*

(13) Idem.

(14) Id. *Præcipua ac nobilissima.*

(15) DONEAU, lib. XIII, cap. XV, n° 5; FAVRE, *ration.* sur la loi 14, *Pro socio*. Ce que CICÉRON a dit de contraire dans son plaidoyer pour Roscius le comédien (*infrà*, n° 60), n'est qu'un artifice de la défense.

(16) HILLIG., sur DONEAU, *loc. cit.*; FAVRE, d'après ACCURSE (*rationalia* sur la loi 31, D. *Pro socio*).

(17) ULPIEN, l. 31, D. *Pro socio* : « Ut sit pro socio actio, so« CIETATEM INTERCEDERE OPORTET; *nec enim sufficit*, REM ESSE COM« MUNEM, nisi societas intercedat. Communiter autem res agi po« test circa societatem, ut puta, *cum non affectione societatis*, « *incidimus in communionem*; ut evenit in re duobus legatâ; « item si a duobus simul res empta sit, aut si hæreditas vel do« natio communiter nobis obveniat; aut si a duobus separatim « emimus partes eorum, non socii futuri. »

(18) « Nam, CUM TRACTATU HABITO, *societas coita est*, *ut pro socio* « actio est; eam, SINE TRACTATU, in re ipsâ et negotio, communi« ter gestum videtur. » (L. 32, D. *Pro socio.*)

(19) L. 31, D. *Pro socio* précitée.

(20) *Ration.* sur la loi 32, D. *Pro socio.*

(21) ULPIEN, l. 31, D. *Pro socio.*

(22) DONEAU, liv. XIII, chap. XV, nos 5 et 6.

(23) Inst. de JUSTINIEN, *de rer. divis.*, § 27.

(24) CUJAS : « Societatem non dico esse communionem ; sed

les parties une chose commune. Mais dans la seconde, il faut de plus que les associés apportent quelque chose du leur, pour une utilité commune. « Non » dicuntur socii qui sunt consortes ejusdem negotii, « sed qui *præterea aliquid de suo afferunt ad com-* » *munem utilitatem* (1). » Les communistes ne sont tenus à rien faire l'un pour l'autre; comme leurs rapports sont déterminés par la copropriété plutôt que par la considération des personnes (2), ou par la poursuite d'un but commun, ils sont maîtres de ne suivre que leur intérêt individuel. Ce n'est pas dans un intérêt collectif que la chose reste indivise entre eux; c'est pour leur commodité, ou leur utilité particulière. Chacun peut donc se borner à travailler pour soi, et non pour son consort. Au contraire, dans la société, c'est l'utilité commune qui est le point de vue dominant. C'est vers ce résultat que se tournent les efforts des associés; c'est pour l'obtenir que des mises ont été faites, que l'un a apporté sa chose, l'autre son industrie. L'art. 1848 est un corollaire de ce principe (3).

23. Pothier connaissait à merveille ces distinctions (4); elles lui ont servi de guide dans la solution de plusieurs difficultés graves. Cependant je lui reprocherai, avec Duvergier (5), de les avoir trop négligées dans ses définitions comparées de la communauté et de la société (6). A l'entendre, la communauté simple serait toujours un quasi-contrat et c'est par là seulement (7) qu'elle se séparerait de la société, qui est toujours un contrat (8). Mais c'est une inadvertance dont j'ai déjà montré le danger (9). La communauté peut être aussi l'œuvre de la volonté; les lois romaines sont formelles là-dessus, et je ne sais comment Pothier, qui les connaissait si bien, les a perdues de vue (10).

On pourrait peut-être adresser le même reproche à Cujas. Lui qui, dans certaines parties de ses ouvrages, a si parfaitement montré (11) que la société va au delà de la communauté par la recherche de bénéfices à recueillir en commun, il s'est borné, dans un autre endroit, à insister sur le caractère quasi-contractuel de la communauté; faisant ainsi une règle générale,

---

« per societatem induci communicationem justam lucri et « damni. L. 1, § 14, D. *de tut. et rat. dist.* » (Paratit. sur le C. *Pro socio.*)

(1) L. 7, c. 13, n° 2.

(2) PARDESSUS, t. IV, n° 969.

(3) *Infrà*, n°s 551, 560, et n° 26.

(4) Voy. *Société*, n°s 189 et 122, où il donne une application de ces différences.

(5) *Société*, n° 33.

(6) Voy. *Société*, n°s 2 et 3.

(7) N° 3.

(8) **Add.** DURANTON, p. 320, partage l'erreur de POTHIER : « La simple communauté n'est point un contrat, dit-il, c'est un simple fait. On est en communauté par le fait du hasard, comme dans le cas d'un legs fait à plusieurs personnes conjointement, ou lorsque les grains de plusieurs ont été mêlés par accident, ou qu'une succession est dévolue à diverses personnes, et qu'elle n'est point encore partagée, etc., etc. Mais de cet état il naît pour chacun des intéressés, comme d'un contrat, *quasi ex contractu*, l'obligation de souffrir le partage, lorsqu'il est demandé par l'un d'eux, de remettre à la masse les fruits et autres choses que chacun a perçus ou retirés pour son avantage personnel, et de réparer le tort qu'il a pu causer par sa faute dans l'administration ou le maniement des choses communes. La société aussi produit une communauté : en un mot, toute société est bien une communauté, mais toute communauté n'est point une société : il faut pour cela une volonté des parties. *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet; nec enim sufficit rem esse communem nisi societas intercedat; communiter autem res agi potest etiam citra societatem; ut puta, cùm non affectione societatis incidamus in communionem, ut evenit in re duobus legatâ; item si a duobus simul empta res sit, aut si hæreditas vel donatio communiter nobis obvenial; aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri* (l. 31, ff. *Pro socio*). »

Même opinion dans BOILEUX, chap. 1, Not. gén.; DALLOZ, chap. 1, sect. 1, n° 5; ROLLAND DE VILLARGUES, *Société*, n° 4.

DUVERGIER, n° 33, rappelle l'opinion de POTHIER en ces termes : « Lorsqu'une succession est échue à plusieurs héritiers, dit Pothier, ou qu'un legs a été fait conjointement à plusieurs légataires, il y a une communauté de succession entre ces héritiers, il y a entre ces légataires une communauté des choses qui leur ont été léguées, mais il n'y a pas entre eux de société. Cette communauté n'est pas un contrat, mais c'est un *quasi-contrat* qui forme, entre les personnes entre lesquelles les choses sont communes, des obligations semblables à celles qui naissent du contrat de société. »

DUVERGIER ajoute : « Si véritablement toute la différence entre la communauté et la société consistait dans leur origine; si les effets en étaient les mêmes; si les rapports entre communistes et entre associés se ressemblaient exactement, il suffirait d'avertir que, par un abus qui se reproduit assez fréquemment dans la science du droit, des choses presque identiques ont reçu des dénominations diverses. Mais ce n'est pas sans de graves motifs que les mots *société* et *communauté* ont été mis en usage et opposés l'un à l'autre. Ils servent à désigner des associations qui, d'une part, prennent leur source dans des faits différents, et qui, de l'autre, ne produisent pas les mêmes effets. »

MALEPEYRE et JOURDAIN, *Traité des Soc. comm.*, n° 14, admettant comme TROPLONG que la communauté peut être conventionnelle; ils ajoutent : « Les créanciers d'une faillite, lors même que le failli leur a fait cession de tous ses biens, ne sont pas davantage associés, quoiqu'ils supportent les pertes et qu'ils profitent de l'accroissement de l'actif proportionnellement à leurs droits, mais bien copropriétaires indivisément. »

PERSIL, n° 2, fait l'observation suivante sur la doctrine de POTHIER : « Pothier établit clairement une distinction, suivie par tous les auteurs, entre la société et la communauté; il tâche de présenter l'une comme la conséquence de l'autre. Je crois qu'il y a là erreur de sa part. Pour établir cette conséquence, il dit que la société est le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun. La communauté commence, ajoute Pothier, lorsque ce contrat est mis à exécution. Ainsi, lorsque les personnes ont apporté leur mise, il se forme une communauté entre elles.

« Plus loin, il est vrai, Pothier reconnaît que souvent la communauté peut exister sans qu'il y ait eu contrat. Si une succession est échue à plusieurs héritiers, ceux-ci sont copropriétaires des biens composant la succession jusqu'à ce que le partage soit fait. En attendant la division, il y a entre eux communauté, et non société. Rousseau de Lacombe appelle l'état de ces héritiers une société imparfaite; car, en ce cas, il n'y a pas lieu à l'action *pro socio*, mais seulement à l'action *communi dividundo*.

« Je crois que la communauté forcée qui s'établit entre divers héritiers jusqu'au partage, est un quasi-contrat qui donne naissance à des obligations pareilles à celles qui peuvent naître du contrat de société.

« Prenant la société et la communauté à part comme elles doivent être prises, les distinguant par la désignation de contrat appliquée à la première, et de quasi-contrat appliquée à la seconde, nous disons que la société ne peut se former que par la volonté de deux ou plusieurs personnes, tandis que la communauté se forme souvent par le seul effet du hasard. Rejetons la première distinction que fait Pothier, mais adoptons la seconde qu'il a donnée, c'est-à-dire, ne distinguons la société et la communauté que par les désignations de contrat et de quasi-contrat. » (PERSIL, p. 6, n. 2.)

(9) N° 21, *suprà*.

(10) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, n° 40.

(11) Voy. *suprà*, n° 22, en note.

et pour ainsi dire absolue, de ce qui n'est dans la communauté qu'un fait habituel, mais non pas nécessaire.

« Voluntaria societas, dit-il (1), opposita est societati hæreditariæ, id est, communioni quæ intercedit cum hærede defuncti socii. Hæc enim voluntaria non est, quia re, non consensu, consistit. Voluntaria est quæ consensu contrahitur, tractatuque habito inter socios, et *hanc dicimus propriè societatem*; illam, rerum communionem (2), vel communiter gestum (3), et societatem impropriè; voluntariam societatem dicit Ulpianus (4). »

Je crois inutile d'insister pour montrer que Cujas n'a vu ici qu'un côté de la difficulté. Préoccupé d'un passage de Cicéron (5), dans lequel la société volontaire est opposée à la société héréditaire, Cujas n'a pensé qu'à faire ressortir ce contraste. Il a négligé d'autres aperçus qu'il n'était peut-être pas de son sujet d'approfondir. Quoi qu'il en soit, ce n'est pas là, c'est ailleurs, c'est dans des raisons plus profondes qu'il faut aller chercher pourquoi la société a toujours été distinguée de la communauté simple ; et, au besoin, Cujas, mieux que tout autre, pourrait nous le révéler.

24. Les différences que nous venons de signaler, entre les principes de la société et de la communauté, se réalisent dans les conséquences. Essayons de les parcourir.

1° La société donne naissance à un être collectif, que l'on distingue des associés pris individuellement, et qui fonctionne comme tierce personne (6). Il n'en est pas ainsi de la communauté ; celle-ci ne forme pas un corps moral. Quand deux ou plusieurs personnes achètent une chose en commun, mais sans aucune idée de société, *sine societatis offectione*, il y a autant d'acheteurs que de communistes. Au contraire, quand une société fait un achat, il n'y a qu'un seul acheteur, qui est la société, agissant comme corps moral, *ut universitas* (7).

Il est vrai que, dans mon commentaire de la *Prescription* (8), j'ai dit que, sous le rapport de la possession, il y a, dans la simple communauté, un intérêt collectif, qui fait que l'un des associés possède pour l'autre et est censé le représenter (9) ; c'est sous ce point de vue que j'ai fait de la communauté une personne collective, qui possède par chacun de ses membres dans l'intérêt de tous. Mais je n'ai parlé ainsi que sous le rapport de la possession (10) ; sous tout autre rapport, la comparaison de la communauté à un corps moral serait fausse (11), puisque, dans la communauté, il y a, à part la possession, autant de garants en droit soi que de communistes, ainsi que je vais l'expliquer tout à l'heure (12).

25. 2° La communauté est un état que la loi traite avec peu de faveur (13) ; elle engendre des rixes et des haines ; elle paralyse souvent le développement des intérêts laissés dans l'indivision. Toute convention de ne pas partager est réductible à cinq ans.

Au contraire, la société est favorable ; l'action et le progrès sont dans sa nature : la loi ne la restreint pas dans des limites de temps trop jalouses.

26. 3° Dans la communauté, les communistes (excepté en ce qui concerne la possession à l'égard de laquelle ils sont censés se représenter les uns les autres) (14) ne sont pas réciproquement engagés à gérer l'affaire de la communauté dans l'intérêt commun. Par exemple, un communiste n'a pas, en général, mandat tacite de ses consorts pour passer bail (15). Un associé a ce mandat (16). Un communiste peut recevoir sa part du fermage dû pour la chose commune, sans s'inquiéter de l'intérêt de son consort ; il n'a aucune diligence à faire pour la rentrée de la part arriérée de celui-ci, et si le débiteur, devenu insolvable, se trouve dans l'impossibilité de payer l'autre communiste, c'est tant pis pour ce dernier qui n'a pas eu la même diligence que son cointéressé. Chacun veille pour soi à ses affaires, et le moins diligent ne saurait avoir de recours contre celui qui s'est montré plus actif pour recevoir ce qui lui était dû (17). Telle est la décision expresse de Justinien dans la loi 12 au code *Depositi* (18).

Mais il en est autrement dans le contrat de société, qui est fondé sur l'égalité et qui exige une communication exacte du gain et de la perte. L'associé doit rapporter à la masse ce qu'il a reçu du débiteur de la société, eût-il pris la précaution de donner quittance pour sa part ; car chacun des associés est censé administrer l'un pour l'autre, et nul d'entre eux ne peut préférer son intérêt à celui de la société (19).

C'est pourquoi nous verrons, dans le commentaire de l'art. 1850, que dans la société il y a un intérêt commun auquel doit se subordonner l'intérêt particulier des associés ; qu'il y a une jouissance sociale préférable à la jouissance privée des membres de l'association. Dans la communauté, il n'en est pas de même ; chacun jouit pour soi, pour sa commodité, pour son bien être, sans avoir à se préoccuper de la commodité et du bien-être des autres communistes, sans s'inquiéter d'un but commun auquel il faudrait sacrifier son intérêt particulier.

27. 4° La communauté engendre l'action *familiæ erciscundæ* et l'action *communi dividundo* qui se confondent dans notre droit ; mais la société engendre, outre l'action *communi dividundo*, qui lui est commune avec toutes les communions (20), l'action *pro socio*, qui est fort différente. En effet, elle se distingue de l'action *communi dividundo* et *familiæ erciscundæ* par trois côtés (21).

---

(1) Observ., lib. X, cap. 25.
(2) L. 23, D. *de reg. juris.*
(3) L. 31, 32, 33, *Pro socio.*
(4) L. 63, § 8, D. *Pro socio.*
(5) Dans son oraison *pro Quintio.*
(6) *Infrà*, nos 58 et suiv., et 971.
(7) PROUDHON, nos 2064 et 2065, tome IV, *Usufruit*; *infrà* no 66.
(8) Tome I, no 244.
(9) Mon Comm. de la *Prescr.*, t. I, no 360.
(10) Les docteurs supposaient une espèce de *constitut* d'associé à associé (FELICIUS, cap. 9, no 47).
(11) DUVERGIER n'a pas fait attention à cette nuance, quand il m'a reproché de confondre la société et la communauté, no 382, p. 458, note 3. J'ai remarqué que trop souvent les critiques adressées à un auteur ne proviennent que de ce qu'on pense à autre chose qu'à ce qu'il a eu en vue.
(12) *Infrà*, no 26.
(13) Art. 815, code civil ; *infrà*, nos 963, 968.
(14) Mon Comm. de la *Prescription*, t. I, no 360 ; *suprà*, no 24.
(15) Mon Comm. du *Louage*, no 100.
(16) *Infrà*, no 714.
(17) L. 38, D. *Famil. erciscund.* (PAUL).
(18) POTHIER ne cite pas ce texte. Il est plus décisif que celui sur lequel il s'appuie (no 122) et qui ne peut fournir qu'un argument éloigné. Voy. aussi *infrà*, no 560.
(19) ULPIEN, l. 63, § 5, D. *Pro socio* ; FAVRE, sur cette loi ; POTHIER, nos 122 et 189 ; art. 1849 du code civil ; *infrà*, nos 551, 560 et 564 ; DUVERGIER, no 35.
(20) CAIUS, l. 2, D. *Comm. divid.*
(21) DONEAU, lib. XIII, cap. XVII, nos 2 et suiv. Ce jurisconsulte a exposé ces différences d'une manière plus complète que POTHIER. Voy. ce que dit ce dernier, no 194.
Add. Op. conf. de DUVERGIER, no 40.

En premier lieu, par sa nature, l'action *pro socio* est entièrement personnelle, les autres sont mixtes (1).

En second lieu, la première n'a pas nécessairement pour but le partage; elle peut s'exercer dans d'autres vues, par exemple pour forcer un associé à rapporter à la société une chose qu'il en a distraite et qui est nécessaire pour la continuation de ses opérations (2); au contraire, les autres ne peuvent avoir lieu que pour partager la chose commune (3).

En troisième lieu, l'issue de l'action *pro socio* n'est pas la même que dans les deux dernières; les obligations particulières auxquelles la qualité d'associé assujettit amènent des différences dans la condamnation (4) : on en a vu des preuves au n° 26. Le droit romain en offre une autre qui n'a plus pour nous qu'un intérêt historique. L'associé condamné par l'action *pro socio* était noté d'infamie; il n'en était pas de même de celui qui avait succombé dans l'action *communi dividundo* (5).

27 2° (6).

28. Maintenant il nous reste à passer de ces notions, qui se reproduiront plus d'une fois dans le cours de cet ouvrage (7), à l'application pratique. Abordons quelques espèces de nature à les rendre plus familières.

On peut se demander avant tout si, dans le doute, il faut supposer la communion simple ou la société. Nous répondrons que la société est un contrat qui porte avec lui des engagements trop sérieux pour qu'on puisse l'admettre sans une intention évidente de la part des contractants (8).

Toutefois n'y a-t-il pas des actes qui portent avec eux la présomption implicite d'une société?...

Supposons qu'un immeuble ait été acheté en commun par deux personnes; cet achat à deniers communs n'est-il pas, de droit, une société? Les parties n'ont-elles pas entendu réunir leurs capitaux pour faire un achat profitable et se procurer un bénéfice? N'est-ce pas là la présomption la plus naturelle et la plus logique? Sans doute, il n'est pas impossible de voir deux personnes faire un achat ensemble, sans qu'elles aient voulu pour cela s'associer. Mais, dans le doute, la présomption de société n'est-elle pas dominante?

Les interprètes des lois romaines étaient fort partagés sur cette question, et les textes se prêtaient à la discussion; car on en trouve pour qualifier de société l'achat fait en commun (9), on en trouve d'aussi formels pour le qualifier de communauté simple (10).

Suivant Bartole et Balde (11), par cela seul qu'on avait acheté en commun, la société était présumée, à moins d'indices contraires; et c'était l'avis de Salicet (12), Paul de Castro (13), Brunemann (14), Favre (15), etc., etc. Mais d'autres jurisconsultes repoussaient vivement cette opinion. Je citerai Hilliger (16) et Vinnius (17). D'après le sentiment de ces derniers, il fallait scruter l'intention des contractants, et ne déclarer la société qu'autant que la volonté de la former était manifeste. L'annotateur de Bartole, Alexandre (18), partisan de cette opinion, indiquait même une circonstance qui, en général, devait faire écarter la société : c'était que les parties se fussent rapprochées

---

(1) POTHIER, n° 191; DONEAU, n° 4.

Add. Op. conf. de ROLLAND DE VILLARGUES, *Société*, n° 4 2°, où il dit : « La société est un engagement personnel, parce qu'elle ne se contracte que par le consentement des parties, tandis que la communauté est un engagement réel, qui vient de la chose même, c'est-à-dire, de la qualité qu'elle a d'être commune entre plusieurs; ce n'est que par le bien que les communistes sont engagés; leurs engagements n'ont pas d'autre origine.

« La société produit une action purement personnelle, c'est l'action *pro socio;* tandis que l'action qui résulte de la communion est une action mixte appelée action *communi dividundo*. Elle est réelle parce que chacun des communistes a sa portion à titre de propriété; elle est personnelle, à cause des obligations personnelles qui y sont attachées et dont nous parlerons *infrà*.

(2) L. 45, D. *Pro socio*.

(3) DONEAU, lib. XIII, cap. XVII, n° 3. POTHIER n'a pas parlé de cette différence.

(4) DONEAU, nos 5 et 6. POTHIER n'a pas non plus insisté là-dessus.

(5) L. 1, D. *de his qui not. infam.;* DONEAU, *loc. cit.*, n° 5; *infrà*, n° 567.

(6) **Add.** *Réfutation de l'opinion que dans les sociétés, le gain seul serait commun à tous les associés.* — DUVERGIER dit à ce sujet, n° 34 : « On a prétendu que la société se distingue de la communauté, en ce que le capital que chacun des associés met dans la société n'est point commun, qu'il demeure toujours propre à celui qui l'a fourni, que celui-ci a droit de le retirer à la fin de la société, et qu'il n'y a proprement que le gain qui soit commun à tous les associés.

« Pothier combat cette doctrine avec une vivacité qui ne lui est pas habituelle. « C'est une erreur grossière, cela est faux, » s'écrie-t-il. Si des associés ne mettent quelquefois en société » que la jouissance de certaines choses, dont ils demeurent « chacun séparément propriétaires, ils mettent aussi quelque- « fois en société les choses *mêmes* qu'ils y apportent, et les ren- « dent communes entre eux, aussi bien pour la propriété que » pour la jouissance. Pour établir ce paradoxe, l'auteur des con- « férences ecclésiastiques cite ces termes de la loi 13, § 1, ff. *de* » *præscr.*, verb. : *Nemo societatem contrahendo, rei suæ dominus* « *esse desinit*. Cet auteur n'a pas entendu l'espèce de ce para- « graphe. Le propriétaire d'un certain terrain vous l'avait aliéné « en entier, à la charge qu'après que vous l'auriez bâti, vous lui « rétrocéderiez une partie de ce terrain bâti. Julien demande « quelle espèce de contrat renferme cette convention. Il dit que « ce n'est pas un contrat de société, parce que le propriétaire « vous avait aliéné en entier ce terrain, et que *nemo societatem* « *contrahendo rei suæ dominus esse desinit;* c'est-à-dire que « celui qui met une chose en société ne cesse pas entièrement « d'en être propriétaire, mais seulement pour une part qu'il « transfère à son associé, en la rendant commune, et il ajoute « à la fin que ce serait un contrat de société, si le terrain ne « vous eût été aliéné que pour partie. »

« La démonstration est complète : sous ce rapport, la communauté et la société se confondent véritablement. Il faut donc chercher ailleurs les nuances qui existent entre elles. »

(7) Voy., par exemple, *infrà*, le comm. de l'art. 1839.

(8) Voy. *infrà*, n° 35, l'opinion de CUJAS. Un arrêt de la cour de Paris met le contraire en principe dans une espèce où il s'agissait de savoir s'il y avait société ou prêt. La cour veut que, dans le doute, on se prononce pour la société (arrêt du 10 août 1807; D. *Société*, p. 131; *infrà*, nos 29, 35, 49 et 50).

(9) L. 2, D. *comm. divid.;* l. 52, D. *Pro socio;* l. 2, Cod. *Pro socio;* voyez aussi ULPIEN, lib. LII, § 13, D. *Pro socio;* et *infrà*, n° 42.

(10) L. 31, D. *Pro socio;* 32 idem 33, idem.

(11) Sur la loi 2, au C. *Pro socio*, BARTOLE dit : « Nota quod « eo ipso quod emitur fundus communis, videtur contracta « societas in illo fundo. »

(12) Sur la loi 2, C. *Pro socio*.

(13) Sur la loi 2, D. *comm. divid.*

(14) Sur cette loi, n° 4. « Collige regulam, emptione rei com- « munis societatem contractam videri. »

(15) *Ration.* sur la loi 2, D. *comm. divid.*

(16) Sur DONEAU, lib. XIII, cap. V, n° 6, note 3.

(17) Sur le tit. des Inst., *de societate*, préface.

(18) Dans son apostille sur la loi 2, D. *comm. divid.* Il faut voir aussi les notes sur la loi 2, C. *Pro socio*, qui sont d'un autre annotateur.

dans un achat en commun pour partager tout de suite après (1).

Cet avis est celui qui me semble préférable, sauf quelques explications que je vais donner pour éviter toute méprise. Le plus souvent on n'acquiert en commun que pour opérer incontinent le partage, et sans avoir l'idée de former une association de capitaux, d'avantages, de bénéfices. D'autres fois on ne se réunit un instant que pour ne pas se nuire par une concurrence réciproque (2). Rien de tout cela n'aboutit à un contrat de société; il n'y a que communion, copropriété. Mais s'il résulte des circonstances que les parties ont entendu réunir leurs capitaux pour faire un bénéfice sur l'achat d'un immeuble mis en vente; si cette intention se révèle clairement, soit par les termes de la convention, soit par les faits de la cause; si, en un mot, le juge découvre ce qu'Ulpien appelle si bien *affectio societatis* (3), il déclarera l'existence de la société, comme le font les lois romaines dans certains cas donnés (4). Du reste, il ne faut pas croire que l'achat d'un immeuble concerté en commun, pour en recueillir un bénéfice, répugne au contrat de société, alors que le partage s'en serait suivi bientôt après (5). Le partage opéré incontinent n'est un indice contraire à la société qu'autant que l'intention des parties est équivoque Mais si des faits graves en établissent l'existence, on argumenterait vainement du partage immédiat; car très-souvent les bénéfices sont obtenus par le seul achat de la chose; le but de la société est dès lors rempli; et l'opération étant consommée, quoi de plus simple que de partager sans délai? L'important est qu'un ait poursuivi un bénéfice et qu'on ait mis des capitaux en commun pour le réaliser. Supposons que des bois considérables soient mis en vente, en une seule masse, dans le département de la Meurthe. Espérant que le prix de vente sera très-modéré, à cause de la difficulté de trouver des adjudicataires pour un objet aussi important, mais n'ayant pas le désir de conserver le tout, je m'associe (6) avec un capitaliste de Paris pour profiter d'une si bonne occasion. Il est convenu entre nous que tous les frais seront supportés collectivement, que tous les renseignements seront pris et discutés, toutes les diligences concertées en commun; que l'on fera d'accord l'arpentage et le cumptage, etc., etc.; que l'on s'entendra sur le *maximum* du prix à offrir; que chacun sera de moitié dans l'adjudication; et que nous partagerons après la vente, afin que l'un et l'autre puisse disposer ainsi qu'il le jugera à propos du bénéfice de cet achat : je me rends en conséquence sur les lieux, dans l'intérêt commun, et j'achète pour un million une forêt qui, revendue en détail, en rapportera un et demi. N'est-ce pas là une société caractérisée? L'intention des parties s'y trouve implicitement et explicitement; il y a mise en commun de capitaux, d'action; il y a bénéfices à faire en commun et à partager. Tous les éléments de la société apparaissent en se coordonnant sous une volonté manifeste.

Au lieu de cela, supposez que Pierre et Paul, qui veulent conserver entre eux des relations de bon voisinage, profitent de la mise en vente d'un héritage limitrophe et l'achètent à eux deux, à très-haut prix, non pour faire un bénéfice, mais afin d'écarter un voisin incommode et de faire ensuite un partage par moitié; il sera difficile de voir dans cet achat un contrat de société; ce ne sera qu'une communauté momentanée, qu'une copropriété accidentelle, étrangère, dans ses causes et dans son but, au résultat que la société veut atteindre.

Ainsi donc, il y a dans cette matière des nuances délicates à saisir. Les présomptions *à priori* données par les auteurs (7) ne sont certainement pas sans valeur; mais il faut les rapporter aux faits de la cause et les modifier par la volonté des parties clairement exprimée.

29. Voici, à ce sujet, un arrêt de la cour de Rouen, qui mérite d'être remarqué.

Guéroult et Mullot étaient copropriétaires du navire *l'Auguste;* d'après l'arrêtiste, il fut convenu que ce navire voyagerait sous les ordres de Guéroult, capitaine de profession, à la charge que Mullot participerait aux bénéfices et aux charges de l'entreprise. Du reste, la notice du journal de Dalloz ne donne pas d'autres détails sur ce contrat. Des débats ayant éclaté entre les représentants de Guéroult et de Mullot, des doutes s'élevèrent sur l'existence d'une société, et pour échapper à la juridiction arbitrale on soutint, de la part de l'un des intéressés, que Mullot n'avait fait autre chose que se réserver un droit découlant de sa copropriété.

Par son arrêt du 19 juillet 1839, la cour royale, en se fondant sur les circonstances de la cause, décida qu'il n'y avait pas eu de société entre Guéroult et Mullot (8). On comprend que cette appréciation de la volonté des parties repose sur des éléments trop fugitifs pour nous, trop négligemment recueillis par l'arrêtiste, pour que nous voulions en contester la justesse. Mais ce qu'il y a de certain, c'est que la cour royale n'a pas adopté l'opinion qui voudrait que, dans le doute, la société l'emportât sur la communauté! (*Suprà*, n° 28.)

30. Je n'en dirai pas davantage sur cette question de prééminence; mais je reviendrai à quelques espèces qui mettront le dernier trait à notre parallèle.

Un auteur qui a marché sur la trace des feudistes par sa pénétration à saisir les analogies et les différences des contrats, Championnière, a enseigné que si deux voisins font un mur mitoyen à frais communs, cette opération ne constitue pas une société et n'engendre qu'un rapport de communauté (9). Il donne pour raison que l'avantage que cette affaire procure est tout simplement celui de se clore, et que ce n'est pas là un bénéfice dans le sens de l'art. 1832.

Tel n'est cependant pas le sentiment des jurisconsultes romains, et je regrette que Championnière ne l'ait pas discuté. Ulpien, qui nous a fait savoir si ex-

(1) « Hoc verum, si animo contrahendæ societatis emeret; « aliàs secùs; exemplo si *incontinenti post emptionem* diviserunt. « Nam tunc præsumitur non animo societatis contrahendæ... Ità « egregiè declarat Rapha. »

(2) Ulpien, l. 33, D. *Pro socio*, en donne un exemple.

(3) L. 31, D. *Pro socio*.

(4) L. 2, D. *comm. divid.*; l. 52, D. *Pro socio*, et le § 13, citée *suprà*, n° 13; l. 2, C. *Pro socio*. Championnière, t. III, n° 2783, cite un exemple remarquable. C'était une société formée entre les sieurs de Renneville, Loison et autres, à l'effet d'acquérir en commun une maison sise à Paris, et *d'y faire les réparations* et *augmentations nécessaires*; les parts d'intérêt avaient été fixées à 1,000 fr.; il avait été créé soixante et quinze actions... Voyez aussi trois exemples cités *suprà*, au n° 13, et où les jurisconsultes ont vu des sociétés et non de simples communions.

(5) Duvergier semble cependant repousser la société, nos 40 et 52.

Add. Voy. ci-après, n° 42.

(6) Je suppose que l'acte porte ce mot.

(7) J'ai oublié de citer Felicius, cap. XI, nos 23 et suiv.

(8) Dalloz, XL, 2, 106.

(9) *Traité des droits d'enregistrement*, t. III, n° 2772.

pressément que l'action *pro socio* n'est pas l'attribut de la simple communauté incidente ou conventionnelle (1), décide avec Mela (2) que si deux voisins mettent en commun un terrain pris sur leurs propriétés respectives, et y font élever par leurs soins réunis un mur destiné à supporter les constructions de l'un et de l'autre, cette opération donne lieu à l'action *pro socio* (*pro socio agendum*). Pourquoi, en effet, la convention de faire ce mur par un concours collectif répugnerait-elle à la société? On peut former une société pour toute affaire quelconque ayant un but licite (3). La nécessité de se clore, l'avantage d'avoir un appui pour des ouvrages de charpente et de maçonnerie, ont assez d'importance pour stimuler l'esprit d'association. Dans l'espèce d'Ulpien se rencontrent un objet mis en commun, un intérêt collectif (4), un bénéfice appréciable en argent (5), et auquel chaque partie vient prendre part (6). Que faut-il de plus (7)?

Autre cas : la copropriété d'un cours d'eau n'engendre souvent qu'une simple communauté. Il y a cependant des circonstances qui peuvent en faire une société (8). C'est ce qu'explique à merveille le président Favre, en commentant d'après Accurse une décision de Cassius et d'Ulpien (9).

Les intérêts méridionaux nous en donnent un exemple. Il existe en Provence de temps immémorial des sociétés d'arrosants. Les propriétaires riverains d'un cours d'eau se réunissent sous un régime commun, dans la vue de faire entre eux une meilleure distribution de l'élément qui féconde leurs champs. La quantité d'eau qui revient à chacun, les jours et les heures auxquels chacun peut arroser, l'entretien des rives, le curage du lit, la contribution pécuniaire par tête, tout cela fait l'objet de statuts qui gouvernent la société et dont l'exécution est confiée à des syndics. On peut citer la compagnie des arrosants de *Pinchinats* (10). Ce n'est pas là un rapport de simple communauté. Outre la copropriété du ruisseau et la mise en commun de la jouissance de l'eau, on distingue un sacrifice à un intérêt collectif, une spéculation lucrative, la vue d'un bénéfice réel, souvent très-considérable : pourrait-on confondre cette combinaison de l'industrie agricole avec l'état passif de la communauté?

Au contraire, la copropriété toute nue, toute dénuée du mélange d'un intérêt sociétaire, apparaît clairement dans la position suivante :

Il y a sur la côte de Corse, dans le voisinage de Bastia, un vaste étang qu'alimentent les eaux de la mer et qui produit en abondance du poisson de diverses espèces. Cet étang est depuis longtemps la propriété de plusieurs personnes qui l'afferment en commun à des pêcheurs et en partagent annuellement les produits. Dans cet état de choses, il n'est permis d'apercevoir qu'une communauté, et nullement une société.

Enfin, on pourra recourir au nº 13 pour d'autres espèces dans lesquelles la communauté et la société ne doivent pas être confondues.

31. Après avoir comparé la société avec la communauté, mettons-les en regard de l'association conjugale; les différences sont capitales, quoiqu'il arrive quelquefois de donner aux époux le nom d'associés (11).

La société spécule sur des gains et avantages pécuniaires à recueillir. L'association conjugale a en vue une famille à fonder. La première a pour base l'intérêt; l'autre, l'affection. « La société conjugale, dit « Louet (12), n'a pas pour fin le profit, *c'est l'amitié* « et ce qui est requis pour l'entretenir et conser- « ver (13). » Celle-ci est en premier ordre une union des personnes; celle-là n'est en premier ordre qu'une association des choses (14). Dans la communauté de biens entre époux, le but principal est l'indissolubilité des intérêts conjugaux plutôt que le partage des bénéfices (15). Dans la société, l'intention dominante n'est autre que le partage (16).

32. Nous distinguerons aussi notre contrat des associations formées dans une vue philanthropique ou dans un but de délassement moral, de distraction intellectuelle. Déjà nous avons fait remarquer que ces associations ne peuvent se classer dans la définition de notre article (17). Le gain n'est pas dans leurs tendances; elles veulent satisfaire des jouissances autres que celles que procure l'intérêt pécuniaire. De là des conséquences importantes.

Lorsque deux personnes ont réuni leur industrie pour un bénéfice à partager, l'une est comptable envers l'autre de son incurie, de sa négligence; chacune

---

(1) L. 31, D. *Pro socio; suprà*, nº 20.
(2) L. 52, § 13, D. *Pro socio.*
(3) L. 5, D. *Pro socio.*
(4) Art. 1833.
(5) *Suprà*, nº 13.
(6) *Suprà*, nº 17.
(7) **Add.** Sans s'occuper précisément du cas où il y a eu mise en commun d'un terrain pour y construire, DUVERGIER, nº 41, rappelle l'opinion suivante de POTHIER : « Toutefois, il fait remarquer que cette règle souffre une exception à l'égard des murs communs qui font la séparation de deux maisons voisines, et des autres choses communes entre deux voisins qui sont absolument nécessaires pour l'usage de leurs maisons, tels qu'une allée commune, un escalier qui sert de passage aux deux maisons, un puits commun.

« La mitoyenneté et la jouissance en commun de certaines choses également nécessaires à deux voisins ont en effet un caractère particulier; ceux entre qui existent ces rapports ne sont pas des communistes ordinaires, car leur but n'est point le partage de choses communes; ils ont en vue au contraire l'avantage que leur offre l'état d'indivision. Néanmoins, on ne doit pas les considérer comme de véritables associés, et assimiler la jouissance d'une chose laissée en commun à la perception des bénéfices produits par un objet mis en société. L'idée de bénéfices est corrélative à celle de pertes; elle suppose une liquidation, une comparaison de l'actif social, au jour de la dissolution de la société, avec l'actif tel qu'il était au moment du contrat. Et certainement tout cela est bien loin de la pensée de deux propriétaires voisins, qui ont un droit de mitoyenneté sur un mur, une haie ou un fossé, ou qui se servent ensemble d'un escalier ou d'un puits.

« On trouve ces idées heureusement résumées dans les premiers mots du discours prononcé au corps législatif par Gillet, orateur du tribunat. » Voy. ci-dessus page 2.
(8) ULPIEN, l. 52, § 12, D. *Pro socio.*
(9) Sur cette loi.
(10) Arrêt de la cour de cassation du 26 mai 1841 (SIREY, XLI, 1, 483).
(11) *Suprà*, nº 1; art. 1525 du code civil.
(12) Tome II, p. 582.
(13) Comment a-t-on pu dire que les anciens s'étaient mépris sur la société dont ils avaient fait un pur lien d'affection? (*Suprà*, nºs 7, 8, 9 et 10.) On ne peut pas faire un pas sans trouver la réfutation de cette étrange idée.
(14) DONEAU, lib. XIII, cap. XV, nº 1; et cap. XVIII, nº 1.
(15) **Add.** Op. conf. de DALLOZ, chap. 1, sect. 1, nº 4 : « La communauté de biens entre époux a pour but principal l'indivisibilité des intérêts conjugaux, bien plus que le partage des bénéfices. »
(16) Le tribun GILLET (FENET, t. XIV, p. 419).
(17) *Suprà*, nºs 13 et 14.

doit agir dans la mesure de ses forces, pour l'intérêt commun; et s'il en est une qui néglige de le faire, une action est ouverte contre elle.

Mais il n'en est pas de même dans les associations dont je parle. Pierre fait partie d'une association pour encourager les découvertes industrielles; quelle action aura-t-on contre lui s'il ne se rend pas aux séances, s'il reste étranger aux travaux de l'association, etc.? Les plus zélés n'ont dans cette association qu'un intérêt moral, qui ne saurait engendrer une action civile.

Seulement, si les statuts de l'association portoient que chaque associé payerait annuellement une somme d'argent pour subvenir à des dépenses prévues ou imprévues, et qu'un associé refusât sa part, il pourrait y être judiciairement contraint (1). Sous ce rapport, il y aurait un lien de droit qui engendrerait une action pareille à celle que donne le contrat de société pour forcer un associé à verser sa mise. Mais, à part ce point de ressemblance, les associations que j'ai en vue restent tout à fait en dehors du contrat de société.

Ces observations ne sont pas sans utilité lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 291 du code pénal et la loi du 10 avril 1834, sur les associations. La loi pénale qui prohibe les associations de plus de vingt personnes ne concerne pas les sociétés formées sous l'influence de l'article 1832 du code civil. Il est vrai que certaines sociétés (les sociétés anonymes, par exemple) ne peuvent exister qu'avec l'autorisation du roi (2). La loi commerciale l'a exigé dans des vues d'utilité publique, pour sauvegarder les nombreux intérêts qui viennent se grouper autour de ces sociétés, lesquelles ne se montrent pas au dehors sous le nom des associés (3). Mais les autres espèces de sociétés civiles et commerciales ne sont pas assujetties à cette autorisation, et, pour les y soumettre, l'on ne pourrait s'armer contre elles de l'art. 291 du code pénal et de la loi du 10 avril 1834. Les intérêts civils sont animés, en général, d'un esprit pacifique, qui est pour le gouvernement une garantie suffisante; s'il a été prudent de contenir dans certaines limites les intérêts moraux, plus bouillants et plus dangereux, ce n'est pas une raison pour contrarier par des gênes inutiles le développement déjà si difficile des premiers.

33. Aux associations philanthropiques et autres que je viens de mentionner, il faut ajouter les associations formées dans un but religieux, avec l'autorisation du gouvernement. Ces communautés, n'ayant en vue aucun bénéfice pécuniaire, ne sont pas de véritables sociétés.

Toutefois, la direction de l'enregistrement, par délibération du 24 juillet 1827, a considéré comme une société l'acte par lequel une fille est admise dans une communauté religieuse, moyennant une dot payée par ses père et mère. Championnière, qui rapporte cette décision en l'approuvant (4), donne pour raison de décider qu'à côté du but spirituel, il existe des biens temporels qui sont communs et appartiennent à un être moral qu'on ne saurait trouver que dans une société. Cette explication peut être bonne pour justifier la perception de la régie, qui, afin d'atteindre l'acte en question, a dû choisir, entre toutes les analogies, la plus rapprochée; surtout lorsque cette analogie conduit à une taxe qui n'a rien d'exagéré. Mais, sous le point de vue du pur droit civil, ces arguments portent à faux; la communauté des biens temporels appartenant aux associations religieuses ne suffit pas pour en faire des sociétés véritables (*suprà*, n° 22). Là où l'on ne trouve pas le gain comme but direct, là ne se rencontre pas la société proprement dite (*suprà*, nos 12, 13).

34. La société et le mandat sont deux contrats dont les rapports sont fort éloignés; néanmoins il existe dans la pratique des combinaisons qui les rapprochent tellement, qu'il devient quelquefois assez difficile de les distinguer. Les mêmes faits, légèrement nuancés par l'intention des parties, et envisagés d'un point de vue différent, ont souvent conduit le jurisconsulte, tantôt au contrat de société, tantôt au contrat de mandat. Écoutons les lois romaines.

Ulpien, l. 44, D. *pro socio*, examine l'espèce suivante : Je vous donne une pierre précieuse pour la vendre, et il est convenu entre nous que si vous ne la vendez que mille, vous me compterez cette somme entière; que si, au contraire, vous la vendez davantage, le surplus sera pour vous. Est-ce là une société? Aurez-vous contre moi l'action *pro socio?* ou bien l'action *præscriptis verbis?* Ulpien fait dépendre la solution des circonstances et de l'intention des parties. Il y aura société, dit-il, si elles ont voulu contracter une société.

Avant d'expliquer pourquoi la volonté des parties a pu imprimer le caractère de société à une telle convention, nous dirons qu'Ulpien a rencontré, dans un de ses autres ouvrages (l. 13, D. *Præscriptis verbis*), une espèce semblable, et qu'en se plaçant au-dessus de l'intention variable des contractants, il se prononce contre la société. Cette convention, dit-il, en s'en tenant à la rigueur des principes du droit romain, n'est pas un mandat; car le mandat doit être gratuit, et ici il y a évidemment salaire. Ce n'est pas non plus une société; car la personne chargée de vendre n'a pas été associée à la vente, puisqu'il y a un certain prix que le propriétaire de la pierre précieuse s'est réservé exclusivement (5). C'est donc une convention sans nom, qui donnera lieu à l'action *præscriptis verbis*.

35. Cette décision est tout à fait applicable sous le code civil, du moins en ce qui concerne l'exclusion de la société. Dans les circonstances données, il n'y a pas société, et d'ailleurs dans le doute la société ne se présume pas (6). Mais comme chez nous le mandat peut être salarié (art. 1986), nous dirons qu'il y a eu mandat non gratuit pour vendre.

36. Toutefois, la volonté des parties clairement exprimée pourra-t-elle approprier cette convention à une société?

Sans doute, cette volonté ne s'établira pas facilement; ce sera à celui qui l'alléguera à la justifier (7). Mais enfin, si la preuve de l'intention est complétement administrée, le juge ne répugnera pas à déclarer une société. Ulpien le décide ainsi, et son sentiment

(1) **Add.** *Jurisprudence.* — *Sociétés d'agrément.* — Les différends qui s'élèvent entre les membres d'une société de musique (ou de toute autre société qui a pour objet l'agrément et le divertissement de ceux qui en font partie), relativement à l'administration de la commission ou aux mesures par elles prises, doivent être aplanis et vidés dans le sein de la société elle-même, entre ceux qui la composent, sans pouvoir être soumis à la décision des tribunaux (Brux., 29 décembre 1827; Jur. de B., 1828, 1, 111).

(2) Art. 37 du code de commerce.

(3) Art. 29 du code de commerce.

(4) Tome III, n° 2774.

(5) « Societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit « socium distractionis, *sed sibi certum pretium excepit.* »

(6) Cujas, sur la loi 13, D. *Præscript. verbis* : « In dubio « non videtur societas. » *Suprà*, n° 28.

(7) Favre, *Ration.* sur la loi 13, D. *Præscript. verbis.*

est approuvé par tous les auteurs (1). Il peut se rencontrer, en effet, telle hypothèse, où le revendeur, ayant intérêt à ne pas être sous le coup d'un mandat révocable, préfère une société qui lui permette de conduire jusqu'au bout une opération dont il attend des bénéfices.

37. Comment trouver cependant dans cette négociation les éléments de la société? Ce contrat a pour condition le partage des bénéfices, et, ici, celui qui est chargé de vendre est exposé à ne rien avoir, tandis que le propriétaire recevra l'intégralité du prix.

Pothier (n° 13) répond à cette objection d'une manière satisfaisante; il suffit, pour la validité du contrat de société, qu'il y ait espérance de bénéfices, et rien n'empêche de faire dépendre la part dans les bénéfices de certaines conditions (2). Du reste, tous les autres éléments du contrat de société se rencontrent à la rigueur: la personne chargée de vendre apporte son industrie et ses soins; l'autre apporte la vénalité de sa chose. Les parties ont en vue un bénéfice, le propriétaire en se réservant un certain prix, le revendeur en stipulant que tout le surplus lui appartiendra. Il y a communication conditionnelle du produit de la négociation, puisque si le prix monte à 1,500, l'un aura 1,000, l'autre 500.

Ulpien a donc eu raison de dire que si la volonté des parties venait à faire fléchir certaines vraisemblances, la société se rencontrerait dans l'espèce discutée. On y trouverait, en effet, l'analogue d'une société de commande et la base de cette célèbre combinaison (3).

38. Duvergier n'est cependant pas de cet avis. D'après lui, Ulpien et Pothier se seraient trompés en se prêtant à cet empire de l'intention des parties (4). Mais il ne faut pas croire qu'il soit si facile de trouver en défaut un jurisconsulte tel qu'Ulpien.

Duvergier ne paraît pas avoir eu connaissance de la loi 13, D. *Præscriptis verbis*, dans laquelle Ulpien fait aux principes purs toutes les concessions. Notre auteur raisonne sur la loi 44 comme si ce texte ne contenait pas une exception résultant de faits particuliers et renfermée par la loi 13 dans une portée fort étroite; en un mot, il n'a pas vu qu'Ulpien avait traité la question sous toutes ses faces: une première fois en thèse, une seconde fois d'après les circonstances, et que ce double examen donne à ses solutions la plus grande autorité.

39. Suivant Duvergier, la société déclarée par le propriétaire du bijou et le revendeur manquerait par deux raisons capitales: la première, c'est qu'il n'y a point entre eux de propriété commune, et que l'industrie de l'un s'exerce sur une chose qui ne cesse pas d'appartenir à l'autre; la seconde, c'est qu'il n'y a pas, à proprement parler, de bénéfice qui se partage entre eux. A mon sens, cette critique pèche par une double erreur. Qu'importe que le bijou ne cesse pas d'appartenir à son propriétaire? Est-ce que les parties ont entendu mettre le bijou même en société? Est-ce que leur association ne porte pas sur un objet tout différent? N'ont-elles pas stipulé que les apports consisteraient dans l'industrie du revendeur et dans la vénalité du bijou du propriétaire? Et ces mises ne satisfont-elles pas aux exigences de la loi (5)? On dit que l'industrie du revendeur ne s'exercera pas sur une chose dont la société soit propriétaire! mais on ne tient ce langage que par suite d'une confusion entre la propriété du bijou et l'espérance du bénéfice qui s'attache à la vente de ce bijou. Quand deux commissionnaires s'associent pour vendre des blés, des vins, des étoffes, il est bien clair que leur industrie ne s'exerce pas sur ces choses comme appartenant à leur société, car elles ne cessent pas d'appartenir aux commettants; mais leur industrie s'exerce sur le mandat donné de les vendre, qui est un acte de l'homme de nature à produire un bénéfice. Ici, il en est à peu près de même; l'industrie du revendeur exploite la vénalité du bijou, qui est l'un des éléments de la société. Le droit de vendre le bijou, de spéculer sur sa valeur, de tirer parti de sa qualité d'objet commerçable, appartient désormais à la société par l'apport qu'en a fait le propriétaire; et c'est sur cet intérêt, sur ce bien (6), que s'exerce l'industrie du revendeur pour le plus grand profit de la société. Ces distinctions sont si claires, si palpables, si usuelles, que je ne comprends pas comment le bon esprit de Duvergier n'en a pas tenu compte.

40. Mais ce qui n'est pas moins fort, c'est que Duvergier ne veuille pas que l'opération dont nous nous occupons soit de nature à produire des bénéfices. Sa raison est que le résultat de la vente confiée aux soins du revendeur est simplement d'obtenir le prix du bijou; que le prix n'est que la représentation de la valeur intrinsèque de la chose et l'indemnité des soins employés pour vendre; que le propriétaire, en touchant la valeur intrinsèque de sa chose, ne fait pas un bénéfice; qu'il en est de même du revendeur qui ne fait que recevoir le salaire de ses peines.

Mais qui a dit à Duvergier que la vente ne devait produire, dans l'intention des parties, que cette exacte représentation de la valeur intrinsèque de cette stricte indemnité des diligences du revendeur? Oublie-t-il qu'il y a deux sortes de prix, le juste prix, et le prix conventionnel qui souvent excède de beaucoup la valeur réelle (7)? N'est-il pas naturel de supposer que les contractants ont entendu que la vente produirait le prix le plus élevé? Je suppose que le *minimum* du prix fixé par le propriétaire soit une somme supérieure à la valeur réelle, à l'estimation, au prix d'achat? que devient alors l'argument de notre auteur? est-ce que le propriétaire ne ferait pas un bénéfice? et s'il arrivait que le revendeur vendît à si haut prix, que la part à lui afférente dépassât de beaucoup ses frais de voyage et le salaire ordinaire de ses journées, il n'aurait pas fait non plus un bénéfice (8)?

41. On voit que les raisons se pressent en foule

---

(1) Cujas, *loc. cit.*; Favre, *loc. cit*; Pothier, n° 13; Felicius, cap. XI, n° 32.

(2) *Infrà*, n°s 112 et 644.

(3) *Infrà*, n°s 378 et 382. La même question a été soulevée à l'égard du contrat de commande. On l'a quelquefois appelé *mandat*. L'idée de société a cependant fini par dominer. *Infrà*, *loc. cit.*

(4) N°s 45 et 50.

(5) Voy. *infrà*, n° 112. Duvergier, dit lui-même, n° 18, avec raison, que tous *les actes de l'homme qui sont de nature à produire des bénéfices* peuvent entrer en société.

(6) Expression de l'art. 1833.

(7) Mon *Comm.* de la *Vente*, t. I, n° 150, où je cite Cujas et Portalis.

(8) Add. Duvergier ajoute cette objection que n'a pas rencontrée Troplong: « On devrait en dire autant, alors même que le salaire de l'agent placé entre le vendeur et l'acheteur, consisterait en une certaine quotité du prix, à quelque somme qu'il s'élevât. C'est précisément ce qui se passe tous les jours dans les ventes ou autres négociations qui se font par l'intermédiaire des courtiers. La commission ou droit de courtage est de tant pour cent sur le produit des opérations; et l'on n'a jamais songé à voir là des sociétés, parce qu'on a bien senti que la chose dont la vente est faite ne devient point la copropriété du

pour réfuter les objections de Duvergier. J'ai insisté sur ce point parce qu'en appliquant à la revente des biens immeubles les exemples donnés par Ulpien pour la vente du bijou, la question acquiert un grand intérêt pratique. Beaucoup d'opérations utiles sont de nature à se lier par le moyen de la société, qui ne seraient pas abordées par le moyen du mandat révocable. On ne doit pas repousser aveuglément des combinaisons dues à la prudence des parties et autorisées par les traditions de la science.

42. Le même Ulpien résout dans la loi 52 au D. *Pro socio* une autre difficulté tirée de l'affinité de la société et du mandat.

Titius et Sempronius sont limitrophes d'une propriété qui vient d'être mise en vente. Ils conviennent que Titius l'achètera ; que le tiers de cette propriété, dans la partie voisine de Sempronius, lui sera cédé, et que Titius gardera le surplus. Quelque temps après, Sempronius achète l'héritage en question sans prévenir Titius. Ce dernier a-t il action contre l'autre ? Suivant Julianus, il y a, avant tout, une question de fait à éclairer, *implicitam facti quæstionem ;* car si Sempronius, préoccupé de son propre intérêt, n'a fait que charger Titius d'acheter, dans le but d'avoir une portion de terrain qui lui était nécessaire, il a pu acheter lui-même et Titius n'a contre lui aucune action. C'est un mandat qu'il avait donné, c'est un mandat qu'il a révoqué. Mais si, au contraire, il a été entendu que l'affaire serait faite collectivement pour le profit commun, *ut quasi commune negotium gereretur,* il y a un contrat de société qui donne à Titius une action contre Sempronius afin d'obtenir la partie de l'immeuble qu'il avait en vue (1).

Ces distinctions de Julianus sont approuvées par Ulpien. Mais Duvergier, imbu de l'idée que les lois romaines et l'ancienne jurisprudence n'avaient pas une juste perception du contrat de société, en conteste la justesse (2). S'il consent à voir autre chose qu'un mandat dans l'opération des deux voisins, ce n'est tout au plus qu'un achat en commun engendrant une simple communion, et non pas une société.

La loi 52 est d'un laconisme plein de sens. Quelques mots suffisent au jurisconsulte pour faire les distinctions les plus délicates. Il élague les détails, il franchit les idées intermédiaires et accessoires, se confiant à l'intelligence d'un lecteur exercé. C'est donc à celui-ci à suppléer à ce que le jurisconsulte a sous-entendu dans sa brièveté profonde.

Duvergier fait tout le contraire. Il force les choses dans un sens inverse de la décision. Il multiplie les hypothèses, non pour éclairer la solution, mais pour la trouver en défaut (3).

Je me contenterai de faire observer, pour la justification de la loi 52, qu'elle se défendra suffisamment d'elle-même tant que ses expressions ne répugneront pas à un de ces achats faits en société dont j'ai parlé au n° 29. Dans ce cas, Julianus et Ulpien ne seront pas plus répréhensibles que Caius dans la loi 2, D. *Comm. divid.*, et que Dioclétien et Maximin dans la loi 2, C. *Pro socio* (4). Or, Ulpien savait à merveille tout ce qu'on pouvait dire sur les achats en commun qui n'engendrent qu'une simple communauté ; témoin les lois 31, 32, 33, D. *Pro socio*, empruntées à ses écrits. Ne supposons donc pas que, dans la loi 52, il soit allé faire naufrage contre une espèce qui excluait les éléments de la société (5).

43. Dans les hypothèses que je viens de citer, c'est entre les parties contractantes ou leurs ayants cause que s'élevait la question de savoir si la négociation était un mandat ou une société.

Elle peut surgir encore d'une manière très-sérieuse dans les rapports des parties avec les tiers ; la jurisprudence de la cour de cassation nous en offre un exemple.

Le sous-directeur d'une compagnie formée pour les remplacements de jeunes soldats avait traité avec un père de famille, qui craignait de voir son fils atteint par le recrutement. La compagnie étant tombée en faillite, le père de famille poursuivit le sous-directeur en son nom personnel, comme associé. Celui-ci répondait qu'il n'était que simple mandataire salarié, que sa qualité de sous-directeur impliquait naturellement celle de mandataire, et non celle d'associé. Néanmoins, d'après les circonstances de la cause, les juges du fait le déclarèrent associé, et le pourvoi contre cette décision fut rejeté par la chambre des requêtes le 10 août 1831 (6).

44. Après avoir parlé du conflit du mandat et de

---

vendeur et du courtier qu'il n'y a point de bénéfices proprement dits dans une pareille opération, car il n'y a point augmentation de valeur produite par l'effet d'une mise en communauté : que seulement il y a vente et distribution du prix entre deux personnes qui y ont droit à titre différent. »

(1) POTHIER, n° 11 ; FAVRE, *Ration.* sur la loi 52 *Pro socio.*

(2) N°s 32 et 47.

(3) Add. DUVERGIER dit, n°s 47 et 52 : « La loi romaine et Pothier résolvent affirmativement la question ; mais ils ne disent point les raisons sur lesquelles ils se fondent pour qualifier ainsi un contrat qui pourrait bien ne présenter que les caractères du mandat, ou n'avoir fondé qu'une communauté.

« Dans cette espèce, où l'on a voulu voir une société, il n'y a réellement qu'un mandat, ou l'établissement d'un état de communauté transitoire. Le fait sur lequel s'explique la loi romaine citée par Pothier n'est pas présenté avec une précision parfaite, et lorsqu'on veut indiquer ses conséquences avec l'exactitude convenable, on est obligé d'admettre une distinction.

« Si les deux voisins qui ont eu la pensée d'acheter un fonds placé près de leurs héritages sont d'accord sur la portion que chacun y doit prendre, celui qui fait l'acquisition agit pour partie en son nom personnel, et pour partie comme mandataire. Il n'y a pas l'apparence d'une société ; il n'y a pas même communauté, puisque le partage est fait à l'avance.

« Si le lot de chacun n'est pas déterminé, la propriété du fonds sera indivise ; mais, on le sait, l'indivision ne suffit point pour constituer la société ; elle établit seulement une communauté. Ce n'est pour les contractants qu'un état transitoire ; leur but est le partage, et non la perception des bénéfices que la chose commune peut produire. L'avantage que trouve chacun acheteur dans la réunion à son héritage d'une partie du fonds acquis en commun, n'est pas un véritable bénéfice social. Il est même possible qu'il y ait pour eux perte matérielle dans l'acquisition, que le fonds ne vaille pas ce qu'ils l'ont payé, et qu'ils aient sciemment fait un marché désavantageux, pour éloigner un voisinage désagréable, ou pour exécuter des améliorations purement voluptuaires. On ne saurait trop insister sur la nécessité de conserver au mot *bénéfices* son sens exact et rigoureux ; car c'est parce que l'on regarde *bénéfices* et *avantages* comme des expressions équivalentes, que l'on se méprend sur le caractère d'une foule de conventions. Si toutes celles qui procurent quelques avantages aux contractants étaient des sociétés, cette qualification conviendrait à un nombre infini de contrats. »

(4) Je les ai citées au n° 29.

(5) POTHIER, dans ses Pandectes, ne manque pas de faire remarquer que l'achat dont parle la loi 52 ne sera une société qu'autant que les parties auront eu en vue un bénéfice (sur le titre : *Pro socio*, n° 4, notes D. et C.). « Si animus contrahentium fuit ut societatem hujus negotiationis contraherent et *ex* « *ea emptione* lucrum in commune *facerent.* »

(6) DALLOZ, XXXII, 1, 80, 81.

à société, nous avons à rechercher l'antagonisme de la société avec le louage. Séparés par les principes, ces deux contrats se rapprochent dans certains cas par des emprunts qui ne permettent pas de les distinguer toujours avec facilité.

J'ai rappelé, en effet, dans mon commentaire du *Louage*, les discussions qui se sont élevées sur la question de savoir si le bail partiaire est une société, ou un contrat innommé, ou un bail (1). Je crois avoir prouvé que le bail partiaire n'est autre chose qu'une société appliquée à l'industrie agricole; et je trouve cette opinion énoncée dans le discours au corps législatif du tribun Gillet : « Les baux à portion de fruits « sont bien, sous plusieurs rapports, de véritables « associations. Mais leur premier objet est d'abord la « facilité des exploitations agricoles. Voilà pourquoi « cette matière a dû être traitée dans un autre titre « particulier (2). »

Les mêmes discussions se sont répétées sur le cheptel. Comme j'ai discuté cette question à fond dans mon commentaire du *Louage* (nos 1060 et suiv.), je n'ai pas à y revenir. J'ajouterai que mon opinion sur le caractère de société qui appartient à ce contrat est encore corroborée par celle de Gillet (3) et par un arrêt de la cour de Paris du 23 février 1809 (4).

Il n'est pas jusqu'au bail ordinaire de biens immeubles qui ne puisse être le siége de graves débats entre la société et le louage. J'ai eu connaissance d'un bail de forge qui, deux fois interprété par la cour de Dijon, a été tour à tour qualifié de société déguisée et de louage pur (5).

44 2° (6).

45. Mais c'est particulièrement le louage d'industrie qui présente des analogies délicates avec le contrat de société. Dans le louage d'industrie, le travailleur veut se procurer le prix de ses soins. Dans la société, où l'un des associés apporte son industrie, celui-ci entend aussi obtenir la récompense de son travail (7). Mais, bien que le but soit le même, les moyens d'y parvenir sont très-différents. Le louage d'ouvrage ne comporte pas de fonds social, il ne rend pas le travailleur passible de la perte; tandis que si l'ouvrier a choisi la voie de la société pour se procurer la récompense de son industrie, il y a nécessité de constituer un fonds social; il y a chances de pertes et de bénéfices à supporter en commun.

Ces observations, fort élémentaires du reste, quoique de bons esprits les aient quelquefois perdues de vue (8), nous ont servi ailleurs à fixer le caractère du cheptel simple (9). Elles sont indispensables pour assigner à la combinaison suivante son rang légitime.

46. Il s'agit du contrat par lequel un négociant, voulant éveiller le zèle de ses commis, leur donne, au lieu d'appointements, une part dans les bénéfices de sa maison. Est-ce là une société? ou bien n'est-ce qu'un contrat de louage?

Cette question a fort occupé la jurisprudence (10). Elle ne peut être résolue que par les circonstances. C'est, comme le disait le jurisconsulte Julianus, *implicitam facti quæstionem* (*suprà* n° 42).

Si le commis n'est pas admis à la copropriété du fonds social; si, subordonné à l'autorité du maître, il peut être renvoyé par lui, sauf indemnité; s'il n'est pas tenu envers les tiers, et que les pertes ne puissent l'atteindre, on a coutume de décider de préférence qu'il n'est pas associé; sa position est plutôt celle d'un simple commis, qui, au lieu d'un traitement fixe, reçoit pour salaire de son travail une part dans les bénéfices éventuels. Dans ses observations sur le projet du code civil, la cour d'appel de Lyon proposait un article ainsi conçu : « Le commis, artiste, ou « employé de la société, sous quelque dénomination « que ce soit, à qui elle accorde une part quelconque « dans les bénéfices, à titre d'encouragement, ou « pour lui tenir lieu de son salaire, en tout ou en « partie, on le droit d'opter, pour son salaire, entre « une somme fixe ou une portion déterminée des « bénéfices, *n'est pas associé,* il n'est pas tenu des « pertes. »

La cour royale de Lyon a jugé cependant que dans une telle situation les contestations entre le commis et son patron devaient être portées devant les arbitres (11). Dans l'espèce, le commis cumulait avec un traitement fixe de 1,500 fr. un tant pour cent dans les bénéfices. Mais ce fait me paraît indifférent, car il est naturel de supposer que ce double avantage n'était que la juste indemnité du travail de ce commis.

Quoique l'arrêt de la cour de Lyon ne soit pas un modèle de bonne rédaction (12), il peut cependant se défendre par quelques vraisemblances. On peut dire : la société entre le patron et son commis se réalise

(1) Nos 637, 638 et suiv.

Add. A ces endroits cités, **Troplong** combat l'opinion contraire énoncée par **Duvergier** dans son traité sur le *Louage*. Ce dernier auteur, dans son traité du *Contrat de société*, n° 57, se borne à renvoyer à l'opinion par lui précédemment émise.

(2) **Fenet**, t. XIV, p. 419.

(3) *Loc. cit.*

(4) D. *Société*, p. 83.

(5) Affaire Molterat. Arrêt du 12 août 1841 qui se prononce pour la *société*; arrêt du 20 décembre 1841 pour le *louage*.

(6) **Add.** *Espèce où l'on a prétendu qu'il y avait bail et non société.* — Le 10 octobre 1818, le sieur Boursault se rendit adjudicataire de la ferme des jeux de Paris, au prix de 6,156,600 fr. par an, et, en outre, sous les charges de verser dans la caisse municipale un cautionnement de 500,000 francs, d'avoir un capital de 1,500,000 francs, formant banque pour l'exploitation des jeux, et sous diverses autres conditions onéreuses.

Par acte du 16 décembre suivant, le sieur Boursault s'associa le sieur Chalabre, l'intéressant pour moitié dans l'entreprise, moyennant la mise d'un million dans la caisse sociale.

L'administration a prétendu que cette convention constituait, outre la formation de la société, une mutation du sieur Boursault au sieur Chalabre, de la moitié du bail. Associer quelqu'un, disait-elle, dans la jouissance de ce qu'on possède exclusivement et l'y intéresser pour une part déterminée, c'est lui conférer un droit qu'il n'avait pas auparavant : c'est donc se dépouiller de ce droit en sa faveur, et par conséquent lui faire une cession. Ce système n'a point prévalu, il a été repoussé par arrêt de la cour de cassation du 24 déc. 1821 (**Sirey**, XXII, 1, 373).

La principale considération de l'arrêt consiste en ce que le sieur Boursault n'avait pas reçu d'équivalent de sa mise sociale; si, au contraire, il eût dû profiter seul et personnellement du prix à payer par le sieur Chalabre, l'acte de société aurait contenu une cession de bail, passible du droit proportionnel pour moitié.

(7) Mon Comm. du *Louage*, n° 1063.

(8) Témoin **Mouricault**, tribun; voyez mon Comm. du *Louage*, n° 1063.

(9) Mon Comm. du *Louage*, n° 1063.

(10) **Pardessus**, t. IV, n° 969; **Malpeyre** et **Jourdain**, n° 14; **Duvergier**, n° 53. Cassation : 31 mai 1831 (**Sirey**, XXXI, 1, 249; **Dalloz**, XXXI, 1, 206). Rouen : 6 avril 1811 (**Sirey**, XII, 2, 33); 28 février, 1818 (**Sirey**, XVIII, 2, 132; **Dalloz**, *Société*, 104). Paris : 7 mars 1835 (**Sirey**, XXXV, 2, 235; **Dalloz**, XXXIII, 2, 85) Lyon : 27 août 1835 (**Dalloz**, XXXVI, 2, 181). Bourges : 10 avril 1829, et arrêt de la cour de cassation du 21 février 1831, qui rejette le pourvoi (**Dalloz**, XXXII, 1, 388).

(11) Arrêt précité, du 27 août 1835 (**Dalloz**, XXXVI, 2, 181).

(12) **Add.** « Il en résulte, dit **Duvergier** (n° 53), que les contes-

d'abord par une réciprocité de mises, le commis apportant son industrie, le patron apportant, sinon les choses mêmes qui composent son fonds de commerce, du moins le mouvement commercial de sa maison (*suprà*, n° 39). Et cette première observation répond à l'objection de ceux qui allèguent que le commis n'est pas admis à la participation du fonds social. Sans doute, il ne devient pas copropriétaire des capitaux du patron : mais qu'importe, s'il est admis à l'achalandage de son commerce, à la rotation de ses affaires, à la mise en action de ses capitaux? Est-ce que ce n'est pas là un *bien* (1) auquel le commis participe, comme le patron entre en communication de son industrie? N'est-ce pas là la base possible d'une société?

En second lieu, on peut ajouter que le commis participe aux pertes, puisque s'il n'y a pas de bénéfices il perd son industrie; c'est en vain qu'il a travaillé.

En troisième lieu, la position subordonnée du commis n'est pas incompatible avec les lois de la société; qui d'une part peut avoir besoin de concentrer une plus grande part d'autorité dans la main de l'un des associés, et de l'autre, de faire dépendre la dissolution de la société de la volonté d'un seul.

Enfin, rien n'empêche de convenir, par le pacte social, que l'associé qui donne son industrie ne sera pas tenu personnellement des dettes (2).

L'arrêt de Lyon peut donc se soutenir à la rigueur par de spécieux arguments. Cette cour n'a eu qu'un tort : c'est de ne les avoir pas déduits avec force et clarté.

Toutefois, je serais bien plus enclin à donner la préférence à l'autre jurisprudence; la position précaire du commis, son infériorité à l'égard du chef, son isolement à l'égard des tiers, indiquent plus logiquement un contrat de louage d'ouvrages, et s'adaptent moins naturellement au contrat de société.

Au surplus, c'est là une de ces questions de fait, que les tribunaux décident souverainement sans que la censure de la cour de cassation puisse les atteindre. « Voluntatis quæstio in existimatione judicis est. » C'est aux juges à scruter cette intention avec intelligence, et à choisir les présomptions les plus graves, les plus précises, les mieux concordantes (3).

46 2° (4).

---

tation entre le commis intéressé et le chef de la maison doit être jugée par arbitres; et les considérants disent qu'un commis intéressé doit être assimilé *en tout* à un associé dans ses rapports avec ses chefs, *en ce qui concerne son émolument*. Ces derniers mots sont restrictifs du sens absolu que présente le commencement de la phrase; en somme, il est assez difficile de bien déterminer la pensée de la cour. »

(1) Art. 1833; *suprà*, n° 39; *infrà*, n° 112.

(2) *Infrà*, n°s 848 et suiv.

(3) **Add.** Op. conf. de Duvergier, n°s 48, 53 : « L'arrangement que font les commerçants avec leurs commis, dit-il, lorsqu'ils donnent à ceux-ci, au lieu d'appointements, une portion des bénéfices de leur maison, paraît plus que tout autre réunir les éléments constitutifs de la société. L'industrie du commis ne forme-t-elle pas sa mise? Ne prend-il point part aux bénéfices, dans la véritable acception du mot? Ne concourt-il pas aux pertes, puisque, s'il n'y a pas de bénéfices, il perd son travail? Malgré cette réunion de circonstances, les auteurs et les tribunaux décident qu'il ne faut pas confondre un commis intéressé avec un véritable associé. Ils font ressortir les différences qui existent entre leur position et leurs droits. Le commis n'a point, disent-ils, la copropriété du fonds social, il n'en dispose point librement et en maître; il reste soumis à l'autorité et aux ordres de son patron; il peut être renvoyé par lui, sauf dédommagement; il ne participe point aux pertes; il n'est point personnellement tenu envers les tiers : ainsi, il n'a ni les prérogatives ni les obligations d'un associé.

« Ces observations sont justes; cependant seules elles ne seraient pas décisives, et l'on pourrait, à la rigueur, concevoir un associé réduit, par des conventions particulières, à une situation à peu près semblable à celle qui vient d'être décrite.

« Rien n'empêche, en effet, de stipuler que les choses mises dans la société resteront la propriété de l'un des associés, et que l'administration lui sera exclusivement réservée; que l'autre participera aux pertes, en ne recevant rien pour son travail; et qu'au cas d'insuffisance du fonds social, il ne sera point personnellement obligé au payement des dettes.

« Mais la réunion de ces clauses fort extraordinaires n'établirait pas encore une similitude parfaite entre l'associé et le commis.

« D'une part, lors même que les choses mises en société restent la propriété de celui qui les y apporte, leur jouissance au moins est mise en commun, et chacun des associés y a droit. Or le commis intéressé n'est point copropriétaire des capitaux de celui qui l'emploie, quoique ces capitaux soient fournis en pleine propriété, et non pas seulement pour la jouissance.

« D'un autre côté, l'associé qui donne son industrie comme mise sociale, s'engage à faire un travail déterminé mais indépendant; il a des devoirs à remplir envers la société, mais il n'a point d'ordres à recevoir de ses coassociés. Le commis, au contraire, s'oblige à exécuter la volonté du chef de la maison; il est, relativement à lui, dans un état d'infériorité et de subordination incompatible avec le caractère et les droits d'un associé.

« Ce rapprochement, qu'il serait facile de pousser plus avant, montre que, sous des apparences semblables, sont cachées des différences bien tranchées; qu'il ne faut pas, encore une fois, voir dans la participation à des bénéfices un signe infaillible de l'existence d'une société. L'associé et le commis intéressé ont cela de commun, qu'ils sont l'un et l'autre appelés à recueillir une portion de bénéfices; mais la nature de leurs droits et la source à laquelle ils les puisent n'en restent pas moins distinctes et séparées : l'un participe au gain, parce qu'il est copropriétaire de la chose qui le produit; et l'autre, parce qu'il a fait un travail pour lequel on lui a promis cette espèce de salaire. »

(4) **Add.** *Autre cas où il n'y a pas société mais louage de service.* — Duranton dit, n° 329 : « Si je conviens avec un pâtre qu'il gardera mon troupeau pendant trois ans, moyennant un quart de la laine et du croît, c'est bien là une véritable société, dans laquelle l'un met la jouissance de sa chose et l'autre son temps; mais si, au lieu de lui attribuer un quart du profit, je lui promets une certaine quantité de livres de laine de ce troupeau par an, est-ce là un contrat de société? Il semble que non, parce que le profit du troupeau ne doit pas être commun entre nous, même simplement pour la laine, de laquelle il ne peut avoir au delà de la quantité convenue, ce qui ressemble beaucoup plus à un salaire qu'à un intérêt dans une société. Et comme ce salaire n'est point en argent, le contrat ne serait point non plus un louage proprement dit, mais un contrat innomé. La question a de l'importance; car si l'on décide que c'est une société, et que durant le temps convenu le troupeau vienne à périr en totalité, sans qu'on ait pu conserver de la laine pour payer au pâtre la quantité qui lui en a été promise, la perte du troupeau me concernera bien, sans doute, mais le pâtre perdra incontestablement de son côté la quantité de laine qui lui avait été promise pour l'année pendant laquelle la perte est arrivée. Au lieu que si l'on décide que le contrat, sans être un louage proprement dit, tient néanmoins beaucoup plus du louage que de la société, la perte du troupeau pourrait bien ne pas me dispenser de payer au pâtre une quantité de laine, en proportion du temps pendant lequel il lui a donné son temps et ses soins durant l'année où la perte est arrivée; il y aurait à examiner si j'ai entendu restreindre à la laine que produirait le troupeau la quantité que j'en ai promise au pâtre, ou bien si le troupeau n'était désigné dans la convention que *potius undè solveretur, demonstrationis causâ, et non taxationis causâ*, et généralement on devrait incliner à la pre-

47. Nous venons de voir le mandat, le louage et la société se dissimulant sous les traits l'un de l'autre; nous allons montrer le prêt et la société se donnant la main pour tromper des regards inattentifs.

Dans l'ancienne jurisprudence, qui défendait le prêt à intérêt, cette alliance était surtout très-fréquente (1), et l'on ne saurait croire à combien de controverses elle a donné naissance. Le prêt, stérilisé par les lois canoniques et civiles, faisait les plus grands efforts pour se glisser dans la société, pour se parer de ses couleurs, et usurper avec son nom son privilége de fécondité : tout ce qui a été écrit là-dessus est infini.

Mais, sans entrer dans des détails, que la facilité des lois modernes a rendus inutiles, nous devons mentionner le fameux système des trois contrats (2), inventé de bonne heure par la ruse, et soutenu par les casuistes relâchés comme un des plus sûrs moyens de venir au secours du prêt à intérêt. Pothier s'en est occupé n° 22. Mais il n'en a pas connu l'origine; car il croit qu'il fut imaginé par Diana, tandis qu'il remonte à une antiquité bien plus reculée.

Les trois contrats, appelés aussi *contractus trium*, sont dus à la subtilité des clercs orientaux, qui, voyant que l'usure leur était rigoureusement interdite, cherchèrent par des détours à échapper à la prohibition. On croit que ce déguisement habile fut antérieur au concile de Nicée (3) et contemporain de l'hérésie arienne (4); les plus anciens canonistes de l'Orient, Zonare et Théodore Balsamon, qui écrivirent dans le XII[e] siècle, en parlent déjà comme d'une frauduleuse invention et d'une usure artificieuse (5).

Néanmoins, un jurisconsulte célèbre du XVI[e] siècle, Martin Azpilcueta, surnommé Navarre parce qu'il était du royaume de ce nom, se vantait (6) d'en avoir fait la découverte pour complaire au roi de Portugal, qui désirait ardemment qu'on trouvât un moyen d'exciter les particuliers à prêter leur argent aux marchands de Lisbonne, sans être accusés d'usure. Mais c'était là une erreur de l'amour-propre de Navarre. Depuis longtemps les trois contrats avaient été mis en lumière par les artifices de l'esprit grec, et signalés comme une pratique usuraire (7).

Voici, au surplus, le mécanisme de cette combinaison, dont le contrat de société est le pivot (8).

Je contracte d'abord une société avec un négociant dont le fonds de commerce est de 50,000 fr.; je lui apporte 10,000 fr., et il m'associe pour un quart dans son négoce; d'après la marche habituelle de ses affaires, je peux espérer que ma part me produira un bénéfice annuel de 12 pour cent. Voilà le premier contrat, base de l'opération.

Mais une société peut rencontrer des chances mauvaises; elle peut trouver la perte au lieu du gain; et comme je ne veux courir aucun risque pour mon capital de 10,000 fr., je fais avec ce marchand un second contrat, que nous qualifions contrat d'assurance, et par lequel il m'assure mes 10,000 fr., moyennant que je lui abandonne une part de mes bénéfices, par exemple la moitié.

Me voilà rassuré sur le sort de mon capital dont le marchand répond désormais aussi bien que si je le lui avais prêté par la voie d'un prêt. Mais est-ce tout? pas encore; car les bénéfices ne sont rien moins que certains, et si la société fait de mauvaises affaires, mes 10,000 fr. seront improductifs. Eh bien! nous aurons recours à un troisième contrat qui me sauvera de cet inconvénient. Je vendrai au marchand mon capital de 10,000 fr., et tous mes gains à espérer, moyennant le prix de 10,000 fr., qu'il s'obligera de me rendre à la fin de la société, avec 500 fr. d'intérêts annuels jusqu'au jour du payement. Par cette vente, pompeusement appelée par les casuistes : *vente d'un plus grand gain espéré, pour un profit moindre et certain* (9), je n'aurai plus à craindre aucune chance, et mon capital me rapportera un intérêt de 500 fr. Dira-t-on que cette convention équivaut à un prêt à intérêt défendu par la loi religieuse et la loi civile? Ce serait être trop sévère, disent les casuistes partisans des trois contrats; et leur grande raison, c'est que ces trois contrats, considérés isolément, étant licites, ils ne doivent pas cesser de l'être parce qu'ils auront été réunis dans une même convention.

L'influence des casuistes en Italie et en Espagne paraît y avoir accrédité cette supercherie auprès des hommes les plus distingués par leurs lumières (10). En France aussi elle trouva des approbateurs crédules (11) et des défenseurs dogmatiques. De gros livres et des pamphlets vinrent à son aide (12); l'encyclopédie se prononça pour les trois contrats (13), afin de rendre les capitaux civils productifs d'intérêts dans le commerce. La défense de l'usure commençait à poindre chez les économistes sous l'influence de Turgot; les novateurs et les jésuites se donnaient la main! Mais tous les esprits sincères, en théologie et en jurisprudence, condamnaient les trois contrats. L'auteur des conférences sur l'usure n'y voyait qu'une *pernicieuse invention*, et Pothier, qu'une *illusion de la cupidité*. Il est évident que, dans la réalité, les parties n'avaient entendu faire ni société, ni assurance, ni vente, et que cette triple simulation aboutissait à la création d'un prêt, honteux de se nommer (14).

Aujourd'hui que le prêt à intérêt est permis dans de justes limites (15), cette fraude des casuistes ne pourrait se reproduire que pour masquer l'usure, ce fléau des fortunes privées; mais l'attention des magistrats saurait la reconnaître sous ce plagiat (16).

---

mière interprétation, parce qu'il est à croire que le pâtre n'a pas entendu faire un contrat en quelque sorte aléatoire. »

(1) On peut lire ci-dessus la *Dissertation théologique sur l'usure du prêt de commerce et sur les trois contrats*. Rouen, 1767, p. 72 de la dernière partie.

(2) Id., p. 206 et suiv.

(3) THOMASSIN, *Traité de l'usure*, chap. XVI, p. 385.

(4) *Dissertation théologique*, p. 283.

(5) ZONARE, sur le dix-septième canon du premier concile de Nicée.

(6) Comment. *de usuris*, n° 32.

(7) THOMASSIN, *loc. cit.*, et *Dissertation théologique*, p. 283 et 316.

(8) FELICIUS, *de societate*, cap. XIX, n°s 15, 16, 17.

(9) *Dissertation théologique*, p. 205.

(10) TOUBEAU, *Instit. du droit consul.*, liv. II, tit. III, ch. III, p. 109, cite SCACCIA, qui atteste que, *d'après l'avis des R. P. jésuites, personne n'y avait de scrupule*, quand l'intérêt était de 5 p. c., et que cette opinion, approuvée à Rome par de fort habiles gens, était enseignée en Italie et en Espagne par les professeurs de théologie.

(11) TOUBEAU est du nombre.

(12) La *Dissertation théologique* est une réponse à un de ces pamphlets.

(13) T. XVII, p. 537.

(14) *Dissertation théologique*, p. 206.

(15) Loi du 3 septembre 1807.

(16) *Infra*, n° 652; DUVERGIER, n° 58, a cru la retrouver dans une espèce jugée par la cour de cassation, le 17 avril 1837 (DALLOZ, XXXVII, 1, 305; SIREY, XXXVII, 1, 275). Pour mon compte, il m'est impossible de l'y reconnaître. En fait, il n'y avait pas de société; on ne prétendait pas que cette base des

48. Au surplus, quand nous commenterons l'article 1833, nous nous expliquerons sur plusieurs cas

---

trois contrats eût été convenu entre les parties; on avouait hautement un prêt à intérêt, seulement on soutenait que la loi du 3 septembre 1807 ne s'opposait pas à ce que le prêteur reçût, outre les intérêts légaux, une certaine part dans les bénéfices de la société, à laquelle son prêt avait rendu service. La cour de cassation cassa l'arrêt de Paris qui avait autorisé ce cumul.

Add. Duvergier s'exprime ainsi, n° 58 : « Voici l'espèce dans laquelle le système des trois contrats a reçu la sanction des tribunaux :

« Le sieur Massilian prête une somme de 60,000 francs aux sieurs Ardaillon et comp., associés pour l'exploitation de hauts fourneaux. L'intérêt de la somme est fixé à six pour cent, et de plus il est accordé au prêteur une part dans les bénéfices de la société. Cette part n'est point déterminée par l'acte. Le même jour ou le lendemain du prêt, les sieurs Ardaillon et comp. souscrivent six billets, de 3,600 francs chacun, en faveur du sieur Massilian, pour lui tenir lieu de sa part dans les bénéfices futurs de la société.

« Ainsi, il n'est pas dit que le sieur Massilian est associé avec les sieurs Ardaillon ; mais, d'une part, il leur prête une somme d'argent; ceux-ci s'obligent à la lui rembourser avec les intérêts à six pour cent; en outre, et ne se regardant pas comme libérés par ce payement, ils lui promettent une portion de leurs bénéfices; enfin, à l'instant même, ou le lendemain, ils lui achètent, moyennant un prix ferme, cette éventualité. Le résultat est le même que si les contractants eussent dit d'abord qu'il y avait société entre eux, et que les sieurs Ardaillon eussent ensuite assuré la mise de Massilian, plus une somme fixe représentant sa part dans les bénéfices, et excédant six pour cent de la mise sociale.

« Les premiers billets ont été payés. Lorsque les derniers sont arrivés à échéance, le liquidateur de la maison Ardaillon a soutenu que la convention en vertu de laquelle ils avaient été souscrits était entachée d'usure, puisqu'elle obligeait les emprunteurs à payer *une certaine somme* en sus de l'intérêt à six pour cent ; il a demandé en conséquence que le montant des billets à payer et de ceux déjà payés fût imputé sur le capital.

« Le tribunal de commerce et la cour royale de Paris ont repoussé cette prétention par les motifs « que les six effets de « 3,600 francs chacun, représentaient la part accordée à Massilian dans les bénéfices que devaient procurer les hauts fourneaux, construits avec les fonds fournis par lui pour cette construction, laquelle part avait été ainsi réglée à forfait entre « les parties; que la stipulation librement faite de cette part de « bénéfices, indépendamment de l'intérêt légal de la somme prêtée, n'avait rien que de licite, surtout dans le commerce ; et « qu'on ne saurait y voir le prêt usuraire prohibé par la loi. » (Arrêt du 10 mai 1831; Sirey, XXXIV, 2, 358.)

« La véritable raison qui a déterminé la cour à rendre une pareille décision n'est point exprimée, je crois, dans son arrêt. En tout cas, celles qui ont trouvé place dans les considérants, sont en opposition manifeste avec les principes.

« Admettons que l'intention des parties ait été de faire un contrat de prêt, rien n'explique et ne justifie la stipulation d'un avantage quelconque pour le prêteur, en sus de l'intérêt légal. La loi prohibitive de l'usure est également violée, car le mal est à peu près le même pour l'emprunteur, soit qu'il promette, outre les intérêts légitimes du capital prêté, une somme fixe, soit qu'il s'oblige à faire participer le prêteur aux bénéfices éventuels de ses opérations. En effet, si ces opérations réussissent, la portion du profit qu'il sera obligé d'abandonner portera l'intérêt qu'il aura payé au-dessus de la limite que le législateur a défendu de dépasser. Il est vrai que, s'il y a des pertes, le prêteur ne recevra que l'intérêt légal; ainsi, l'usure n'aura lieu qu'en cas du succès des entreprises de l'emprunteur. Elle est donc subordonnée à une condition qui la rend moins odieuse, mais qui ne suffit point pour écarter l'application de la loi prohibitive. Ce qui est défendu absolument n'est pas permis, modifié par une condition. D'ailleurs, la condition ne disparaît-elle point, au moyen de la convention additionnelle par laquelle le prêteur vend, pour une somme déterminée, l'éventualité que lui a cédée l'emprunteur? L'arrêt parle comme si cette circonstance n'existait pas; il établit en thèse que l'on peut stipuler, outre l'intérêt légal, une part de bénéfices, sans songer qu'à côté de cette stipulation il y en a une autre qui ôte à la première tout caractère d'incertitude, qui convertit le bénéfice hypothétique en profit bien positif. Pour démontrer que le rapprochement des deux conventions est indifférent, il faudrait dire, comme autrefois les casuistes, que lorsque plusieurs contrats pris isolément sont valables, leur réunion ne peut présenter rien d'illicite. Or, un pareil sophisme a-t-il besoin de réfutation sérieuse? Si une obligation ne peut se soutenir que parce qu'elle est conditionnelle, il est évident qu'elle tombe si la condition est retranchée par une convention additionnelle.

« L'arrêt serait exposé aux mêmes critiques, alors qu'au lieu de donner à leur contrat la couleur d'un prêt, les parties auraient employé le nom et la forme de la société. Elles se seraient alors placées précisément dans l'hypothèse dont parlent Pothier et l'auteur des *Conférences ecclésiastiques*.

« La cour rappelle que, dans le commerce, il y a plus de liberté laissée aux transactions que dans les relations civiles. Sans doute; mais cette liberté a des bornes : le contrat commercial et le contrat civil sont soumis, chacun dans des limites particulières, à une prohibition du même genre. Il n'est pas plus permis de prêter, dans le commerce, à un taux excédant six pour cent, qu'il n'est licite, dans les transactions non commerciales, de prêter à plus de cinq.

« Comment ces principes si constants, si élémentaires, ont-ils été méconnus par des magistrats éclairés et consciencieux ? Ne serait-ce pas que les théories nouvelles sur l'usure ont exercé quelque empire sur leurs esprits? La question économique a été discutée récemment à la tribune nationale, et les hommes les plus éclairés ont soutenu que les lois prohibitives ne sont pas en harmonie avec les idées et les besoins de notre temps; qu'elles vont même directement contre le but qu'elles se proposent; qu'elles ont pour résultat d'élever le taux de l'intérêt, en provoquant des ruses, des déguisements toujours onéreux pour les emprunteurs. Beaucoup qui n'adoptent pas ces doctrines en subissent cependant l'influence, et tout en croyant à l'utilité des prohibitions, ils sont disposés à les appliquer avec certains ménagements. Voilà à quoi il faut attribuer la décision de la cour de Paris. Elle présente une sorte de transaction entre les règles consacrées par les textes de la législation et les vues des économistes. Sans doute, la jurisprudence doit tendre incessamment à mettre les lois en harmonie avec les mœurs et l'opinion; mais cette direction, qu'il est désirable de voir constamment présider aux travaux de la magistrature, ne saurait autoriser les tribunaux à se mettre en lutte ouverte avec la loi. C'est une assez belle mission d'appeler et de préparer des réformes : au législateur seul appartient de les opérer.

« L'arrêt de la cour de Paris ne pouvait échapper à la censure de la cour de cassation; il a été cassé le 17 avril 1837, par les motifs suivants :

« Attendu que loin de constater l'existence d'une association « dans laquelle la somme de 60,000 francs serait entrée comme « mise sociale, avec les chances de pertes et de gains qui sont « inhérentes à toute association, l'arrêt attaqué constate lui-« même que Massilian n'a jamais été que prêteur de ce capital; « que l'arrêt constate, en outre, que les six billets de 3,600 francs « chacun n'ont été que le résultat direct et immédiat du prêt « conventionnel des 60,000 francs, pour lesquels de plus un in-« térêt de 6 pour cent par an a été stipulé, d'après l'arrêt lui « même; qu'ainsi le fait, tel qu'il est déclaré, constitue un prêt « conventionnel avec intérêt, excédant le taux fixé par une loi « d'ordre public, à laquelle ni les parties ni les tribunaux ne « peuvent déroger, sous le prétexte du règlement à forfait d'une « part des bénéfices dans une association, qui n'aurait existé ni « de fait ni de droit; attendu, qu'en ordonnant, sous ce prétexte, « le payement intégral des sommes qui formaient l'objet de la « demande de Massilian, l'arrêt attaqué a violé les art. 1 et 3 de « la loi du 3 septembre 1807; 18 du code de comm.; 1832, 1833 « et 1835 du code civil; casse, etc. »

fort importants et fort délicats, dans lesquels le prêt à usure pourrait se glisser adroitement dans la société (1).

49. Lorsqu'un individu fournit des fonds à un négociant pour son commerce avec stipulation qu'il touchera une part dans les bénéfices, il n'est pas toujours facile de distinguer s'il a voulu faire un prêt ou une société; nous allons voir la société servir à dissimuler un prêt usuraire, et le prêt employé pour couvrir d'un voile une société léonine.

Dans une espèce jugée par la cour de Liége, il avait été convenu que la somme prêtée serait restituée intégralement à la fin de l'opération; ce point de fait fixa vivement l'attention de la cour : il lui sembla qu'il était assez grave pour faire décider, en l'absence de toute preuve contraire, que le prêt devait l'emporter sur la société; car l'associé, même commanditaire, ne peut pas espérer de recouvrer ses fonds en entier lorsqu'ils ont été atteints en tout ou en partie par les pertes sociales; une telle clause répugne donc à la nature de la société, tandis qu'elle est de l'essence du prêt.

Il est vrai que l'admission du bailleur de fonds au partage des bénéfices, au lieu d'intérêts, convient davantage avec la société. Mais la cour n'aperçut dans ce rapprochement rien d'assez fort pour briser le nœud qui rattachait la convention au contrat de prêt. Elle crut que le bailleur de fonds avait, tout au plus, entendu se ménager par là des intérêts plus considérables que les intérêts légaux; mais qu'il n'avait pas cessé de vouloir retirer du prêt ses avantages réels; que seulement il les avait voulus plus étendus que ne le permet la loi prohibitive de l'usure. Tout ce que la cour crut pouvoir faire alors, ce fut de contraindre le bailleur de fonds à restituer ce qu'il avait perçu au delà du taux légal.

J'ajoute que le bailleur de fonds avait stipulé qu'il pourrait surveiller les livres et demander compte à l'emprunteur. Ces circonstances parurent une suite naturelle du partage des bénéfices, et la cour ne vit en elles rien d'aggravant (2).

Ainsi, dans cette espèce, l'élément social est entièrement effacé par la cour; le bailleur de fonds est considéré comme assez favorable pour être maintenu dans la position avantageuse d'un prêteur, qui a droit à la restitution de son capital entier; on le décharge de toutes les obligations de l'associé qui, en cas de naufrage, supporte sa part du sinistre commun.

Mais voici une espèce où la cour de Paris, par arrêt du 10 août 1807, a pris le contre-pied de cette appréciation (3) : toutefois, il y avait cette double différence dans les faits, savoir : 1° que le bailleur s'était réservé, outre une part dans les bénéfices, les intérêts de son argent à 12 pour cent, taux alors permis; de telle sorte qu'il y avait un cumul d'avantages qui ne se rencontrait pas dans l'espèce précédente; 2° qu'il avait pris dans plusieurs actes la qualité de commanditaire, à côté de celle de prêteur.

C'est pourquoi, la cour déclara, en fait, que le bailleur de fonds n'avait eu d'autre intention que de faire une société; non pas une société basée sur un pied d'égalité, mais une société léonine, pour profiter des bénéfices et ne supporter aucune perte; que s'il avait quelquefois affecté de prendre le titre de prêteur, c'était dans le but insidieux de se ménager deux qualités profitables, suivant les circonstances : celle de prêteur, en cas d'infortune, afin d'échapper aux pertes; celle de commanditaire, en cas de bonne chance, pour partager les gains; que dès lors il était clair que le prêt n'avait pas été le but du contrat; qu'il n'avait été qu'une voie détournée pour enfreindre les principes destinés à maintenir l'égalité dans le contrat de société.

50. Ces exemples montrent combien les mêmes faits peuvent se prêter à des interprétations diverses. Dans ces sortes d'affaires, l'intention des parties et leur bonne foi exercent sur l'esprit du juge une influence dont la théorie doit savoir tenir compte.

Je ne ferai qu'un reproche à l'arrêt de la cour royale de Paris : c'est d'avoir posé comme principe *évident* que, dans le doute, on doit présumer un contrat de société plutôt qu'un contrat de prêt, parce que le débiteur, en faveur duquel la loi incline toujours, trouve une entière décharge dans le contrat de société. Je crois cette maxime trop absolue; souvent elle conduirait à des applications dangereuses et forcées; j'ai même cité ci-dessus l'adage contraire de Cujas : *In dubio non videtur societas* (4). Il ne faut pas faire violence à la volonté des parties par ces vérités de convention qui sont quelquefois si douteuses. Du reste, on aperçoit le haut intérêt qui s'attache ici à la qualification du contrat : prêteur, le bailleur de fonds retire son argent; associé, il le perd pour payer les dettes de la société.

51. Les mêmes difficultés d'appréciation ne se rencontrent pas dans le cas suivant.

La ville de Saint-Pierre (Martinique), n'ayant pas de fonds pour la construction d'une salle de spectacle, émet 80 actions de 5,000 francs chacune; il est convenu que chaque action, *dans l'entreprise de la restauration de la salle de spectacle*, a hypothèque et privilége de bailleur de fonds sur l'édifice et ses dépendances; que le prêteur a droit à un intérêt de 6 pour cent, et de plus à un billet de première loge tous les mois, à dater de l'ouverture de la salle.

L'entreprise n'ayant pas réussi, un des actionnaires assigna la ville de Saint-Pierre en remboursement du capital de son action et des intérêts. La ville soutint que les actionnaires n'étaient pas de simples prêteurs; qu'ils étaient associés dans l'*entreprise*; que leurs titres portant le nom d'*action* impliquaient nécessairement l'idée d'une société, d'après les art. 34 du code de commerce, 529 du code civil.

Ce système échoua devant les tribunaux de la Martinique. La cour royale décida que les bailleurs de fonds n'avaient pas entendu faire une société, qu'ils étaient seulement intervenus pour venir au secours de la ville et lui faire une avance; que la ville n'avait jamais entendu non plus les admettre à la copropriété de la salle de spectacle et de ses dépendances; qu'ainsi de part et d'autre on avait voulu rester dans les conditions d'un prêt.

Sur le pourvoi formé par la ville de Saint-Pierre, la chambre des requêtes, par arrêt du 10 mai 1837, rejeta le recours en cassation (DALLOZ, 37, 1, 338).

Le bien jugé de ces décisions est évident. D'abord, la ville de Saint-Pierre était dans l'erreur quand elle prétendait que la division du capital par actions était la preuve de l'existence d'une société. On sait que ce mode de division d'un capital n'est pas particulier aux

(1) *Infrà*, n°s 652 et suiv.

(2) DALLOZ, *Société*, p. 103 et 104. Son arrêt est du 9 juillet 1821.

(3) DALLOZ, *Société*, page 130; MALPEYRE et JOURDAIN, n° 223.

Add. Ces auteurs applaudissent à la décision de la cour de Paris, ils se demandent seulement si cet associé est responsable des dettes solidairement, où seulement comme commanditaire. Ci-après on reviendra sur la difficulté.

(4) N° 35; *junge* 28, 30.

sociétés, et qu'il peut se rencontrer dans d'autres opérations fort différentes (1).

Les arguments qu'on pouvait tirer du taux des intérêts et de l'avantage d'une place au théâtre n'avaient rien de décisif; car dans les entreprises commerciales l'intérêt légal est de 6 pour cent; et la légère faveur d'une place par mois n'était qu'une gratification honorable accordée à des citoyens qui s'étaient empressés de venir au secours de leur ville.

Mais ce qui était démonstratif d'un prêt et exclusif d'une société, c'est que les actionnaires ne devenaient pas propriétaires de la chose; c'est que cette chose leur était même donnée à hypothèque ou comme assiette d'un privilége! C'est qu'ils n'étaient pas associés aux bénéfices de l'entreprise et que les profits à espérer ne devaient pas être répartis entre eux.

Du reste, je trouve une décision semblable émanée de la cour d'Orléans, dans une espèce où l'acte qualifiait expressément l'opération de société en commandite. Mais la cour, fidèle au principe que dans les contrats il faut s'arrêter non aux mots, mais aux choses, refusa de voir une société dans un agissement qui n'en contenait pas les conditions essentielles; elle voulut que les bailleurs de fonds fussent dépouillés de la qualité apparente d'associés, pour être revêtus, même à l'égard des tiers, du titre réel de prêteurs. Son arrêt du 18 juin 1838 (2) est motivé avec force.

52. En voilà assez sur les rapports de la société et du prêt. Parlons des analogies de la société et de la vente. Le contrat de société est fort différent de la vente, ainsi que les feudistes l'ont expliqué dans leurs recherches sur les retraits. Jamais il n'a équipollé à vente (3). Cependant, comme il a pour effet d'aliéner les mises au profit du corps moral, il se complique d'un élément qui le rapproche de la vente (4). De là il est souvent arrivé que des parties voulant éviter les droits d'enregistrement, qui sont plus élevés pour la vente que pour la société, ont enveloppé une vente réelle sous les dehors empruntés d'une société fictive. Un exemple conduira tout de suite le lecteur au cœur de la difficulté.

Le 18 novembre 1829, Poli et Rocaserra font entre eux la convention suivante :

Poli met à la disposition de Rocaserra tous les chênes à liége qu'il possède, au nombre de 500,000, en en garantissant au moins 100,000. De son côté, Rocaserra s'engage à les faire abattre, écorcer, brûler et convertir en potasse.

Poli, après s'être empressément obligé et porté fort pour toute garantie, se réserve pour sa part du gain 5 fr. 50 c., payables au 1er août de chaque année, par tant de kilogrammes de potasse. Le restant appartiendra à Rocaserra, attendu que ce dernier s'oblige à faire toutes les dépenses pour le succès de l'opération. Il est à noter que Rocaserra avance à Poli 25,000 fr., qui seront décomptés sur les gains des quatre premières années, l'opération devant être terminée dans 6 ans.

La régie a soutenu que ce traité n'avait que le nom de société mais qu'il n'en contenait pas les éléments; que, par exemple, Poli n'était pas soumis aux pertes; qu'en réalité les contractants n'avaient fait qu'une vente, une cession de coupes de bois.

Mais le tribunal de Sartène (Corse) conserva au contrat la qualification de société, et, par arrêt du 7 janvier 1835, la cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre sa décision : « Attendu que si les différentes clauses de cet acte présentent quelque imperfection dans leur rédaction, *elles n'ont rien d'absolument inconciliable* avec la qualification d'acte de société (5). »

Le jugement du tribunal de Sartène contient un considérant que je dois relever. Répondant à l'objection tirée de ce que Poli n'avait pas de chances à courir, le tribunal établit : « Que la contribution aux « pertes n'est pas de l'essence de la société; qu'on « objecterait en vain que l'art. 1855, en frappant de « nullité la convention qui donnerait à l'un des asso- « ciés la totalité des bénéfices, étend la même dispo- « sition à toute stipulation qui affranchirait de toute « perte les sommes ou effets mis dans le fond de la « société, puisqu'il est évident qu'il existe une grande « différence entre la contribution qui frappe le fond « de la société et celle qui frapperait chaque associé « au delà de sa mise, la première étant une suite né- « cessaire des malheurs de l'entreprise, et la seconde « ne pouvant jamais être que le résultat de la con- « vention expresse ou tacite des parties; que l'ancien « droit écrit, dont le code *n'est en cette matière que « la copie*, permettait de stipuler qu'un associé pren- « dra part dans les bénéfices et n'en supportera au- « cune dans les pertes. »

Je n'ai rien à dire, pour le moment, de l'interprétation que le tribunal donne de l'article 1855; je renvoie à mon commentaire de cet article. Du reste, s'il était vrai que, d'après la saine intelligence du contrat, Poli n'était affranchi des pertes qu'au delà de sa mise; comme rien n'est plus licite qu'un tel pacte, il n'était pas nécessaire, pour en démontrer la justice et la légalité, d'évoquer la règle amphibologique que la contribution aux pertes n'est pas de l'essence de la société : est-ce que celui dont la mise subit toutes les mauvaises chances de l'opération ne contribue pas aux pertes? Pourquoi le tribunal se mettait-il sans nécessité sur un terrain aussi périlleux (6)?

Au surplus, il n'était pas impossible, en réalité, de trouver dans Poli la position d'un associé qui court la chance de bénéfices aléatoires. Sans doute, 25,000 fr. lui étaient payés comptant, et cet avantage lui était irrévocablement acquis, quel que fût l'avenir de l'entreprise. Mais ce prélèvement ne représentait pas la totalité des bénéfices. Il restait autre chose à prendre, et l'on se rappelle que le contrat attribuait à Poli 5 fr. 50 c. par tant de kilog., tandis que Rocaserra devait avoir le surplus. Or, ces 5 fr. 50 c. étaient-ils attribués à Poli quoi qu'il arrivât, et, comme le soutenait la régie, indépendamment de toute chance heureuse ou malheureuse? Ou bien Poli ne pouvait-il y prétendre, qu'autant que, tous frais payés, il y avait des bénéfices? Dans cette dernière hypothèse, à laquelle il n'était pas impossible de plier le contrat, le caractère social s'attachait évidemment à la convention; et c'est probablement en faisant allusion à cette interprétation que la cour de cassation a dit dans ses motifs (si différents de ceux du tribunal de Sartène), que l'acte, quoique imparfait dans sa rédaction, n'était pas *inconciliable* avec une société.

Quoi qu'il en soit, on voit combien est fragile le sort de ces actes qui se revêtent si légèrement du voile de la société. Leur existence tient presque toujours à une nuance délicate; et malheur aux parties si elle échappe à l'attention du juge!

Pour moi, si j'avais été chargé d'interpréter la con-

(1) PARDESSUS, t. IV, n° 969; *infrà*, n° 113.
(2) DALLOZ, XXXIX, 2, 105.
(3) POTHIER, *Retraits*, n° 103.
(4) Sans être cependant la vente, ainsi qu'ULPIEN le fait remarquer dans la loi 13, § 1, D. *Præscript. verbis; infrà*, n° 58.
(5) CHAMPIONNIÈRE, t. III, n° 2759; DALLOZ, XXXV, 1, 167.
(6) *Infrà*, n° 648.

vention de Rocaserra et de Poli, j'aurais été plus disposé à y trouver une vente qu'une société; une vente, dis-je, déguisée sous les traits fugitifs de la société, pour éviter des droits d'enregistrement. Du côté de Rocaserra, j'aurais aperçu tous les bénéfices et toutes les pertes, ainsi qu'il arrive à l'acheteur; du côté de Poli, un prix déterminé, se composant de 25,000 fr. et de 5 fr. 50 c. par tant du kilog., et payable invariablement, sans règlement de compte, et abstraction faite de toute éventualité (1).

53. Du reste, sans parler davantage de simulation, il est souvent arrivé que celui, qui ne pouvait vendre avantageusement une chose dont il était propriétaire, a eu recours pour s'en défaire à la voie de la société. Un fabricant a une usine considérable; arrive un moment où, voulant se retirer, il cherche à la vendre. Mais les acheteurs ne se présentent pas, car il faut des capitaux trop élevés pour en payer le prix. Le fabricant forme alors une société en commandite par actions, dans laquelle il se réserve un intérêt afin de donner garantie et confiance aux actionnaires. Par cet arrangement, il cesse d'être propriétaire; c'est le corps moral personnifié dans la société qui acquiert l'usine et à qui elle appartient désormais. Cette combinaison est parfaitement irréprochable. Il est vrai que c'est un moyen d'aliéner, sans payer les droits ordinaires de mutation. Mais la loi l'autorise, et il n'est pas défendu à une personne de choisir la voie qui lui convient le mieux pour protéger ses intérêts.

54. L'aléa, qui gouverne plus ou moins le contrat de société, ne doit pas le faire confondre avec les tontines, ou réunions de rentiers, qui conviennent que les rentes dues aux prémourants profiteront aux survivants. M. Pardessus (n° 970) a très-bien fait observer qu'une tontine ne présente ni travail, ni produit. La somme des capitaux reste toujours la même; ni l'industrie, ni le temps ne la peuvent augmenter; de plus, les produits, considérés en bloc, sont invariables; la répartition seule est soumise aux modifications qu'amènent les décès; l'aléa roule donc ici sur le nombre des parties prenantes, tandis que, dans la société, c'est sur les capitaux et leurs produits que s'exercent les chances aléatoires (2).

55. Le contrat à la grosse aventure est aussi tout à fait distinct de la société (3). Si le prêteur reçoit quelque chose au delà des intérêts légaux, ce n'est pas par suite d'une association; c'est le prix du risque qu'il court de tout perdre dans le cas où le bâtiment périrait. Il y a si peu société, que si l'emprunteur venait à vendre les marchandises affectées au prêt, moins cher qu'elles n'ont coûté, le droit du prêteur n'en serait pas diminué. Il est vrai que le prêt à la grosse établit une sorte de communauté d'intérêts entre le prêteur et l'emprunteur, puisque le premier n'est payé qu'autant que les choses sur lesquelles le prêt a eu lieu ne périssent pas (art. 325, code de commerce). Mais c'est plutôt une solidarité de risque qu'une communauté véritable. Dumoulin a très-bien dit : « Non est contractus societatis, *quia periculum* « *non est commune*, nec etiam lucrum commune. »

Rien n'empêche cependant, dit Émerigon, de réunir le contrat à la grosse au contrat de société. Vous armez un vaisseau pour la pêche, pour la course, ou pour la marchandise; je vous fournis telle somme à condition que, si le navire périt, mon argent sera perdu pour moi et que, si le vaisseau arrive à bon port, mon capital me sera rendu et que j'aurai en outre une telle part aux profits de la navigation. Ici le contrat de société domine sur le contrat à la grosse (4).

56. J'en ai dit assez pour montrer les contrastes et les analogies de la société avec d'autres conventions usuelles. Après ce travail de comparaison, les bases du contrat de société ressortiront, ce me semble, avec plus de clarté. On saura le retrouver à travers les complications d'éléments étrangers, ou même sous le masque de la simulation.

(1) **Add.** Championnière et Rigaud, n° 2782, citent les deux espèces suivantes :

« Le 7 avril 1825, plusieurs immeubles ont été adjugés, par acte public, au sieur Terrasson, moyennant 15,000 francs. Le lendemain, 8 avril, il a passé, avec le sieur Sapet, un acte sous seing privé, portant « qu'ils seront associés dans l'adjudication « ci-dessus mentionnée; qu'ils s'obligent de fournir chacun par « moitié le montant du prix, en capital, frais et intérêts; qu'ils « participeront chacun par moitié aux gains qu'il pourra y avoir, « en revendant par parcelles ou en bloc lesdites propriétés, « comme aussi ils contribueront dans la même proportion aux « pertes qu'ils peuvent faire dans cette revente. » On avait pensé que cet acte contenait cession immobilière.

« Mais aucune portion des immeubles acquis par le sieur Terrasson n'est cédée au sieur Sapet pour les partager entre eux ou pour les posséder dans l'indivision. La convention n'est relative qu'aux bénéfices ou aux pertes qui pourront résulter de la revente des biens, et elle ne constitue qu'une société passible du droit fixe de 5 francs (délib. du 28 octobre 1825; *Cont.*, 1009).

« Le 18 mars 1822 il a été formé, entre les sieurs de Renneville, Loison et autres, une société civile, à l'effet d'acquérir en commun une maison sise à Paris, et d'y faire les réparations et augmentations nécessaires. Les parts d'intérêt ont été fixées à 1,000 francs chacune, et leur nombre a été d'abord limité à soixante et quinze. Mais il a été convenu qu'il pourrait être élevé à cent, pour subvenir aux dépenses des réparations à faire. L'acquisition qui formait le but de la société, a eu lieu par contrat notarié du 26 dudit mois, pour le prix de 75,000 francs. Par acte du 19 mars 1823, vingt-cinq nouvelles actions ont été créées, moyennant 25,000 francs, au profit de différents individus dénommés. Comme ce dernier acte n'a pas précédé l'acquisition, le receveur de l'enregistrement a pensé que les premiers actionnaires avaient été saisis de la totalité de la propriété, et que l'admission des nouveaux avait opéré, en leur faveur, l'effet d'une cession véritable. Il a été perçu, en conséquence, cinq et demi pour cent.

« Mais, suivant une délibération du 17 mai 1823 (*Cont.*, 625), les motifs de la perception pourraient paraître fondés, s'il n'avait pas été stipulé, par l'acte originaire de société, que le nombre d'actions pourrait être porté à cent, parce qu'alors les associés auraient été irrévocablement saisis d'une part fixe d'intérêt dans la société. Mais par l'effet de ladite clause, les parts d'intérêt n'ont été que provisoirement réparties entre soixante et quinze associés. Il n'y a eu que possession provisoire entre eux, jusqu'au moment où la société a été complétée. Les premiers actionnaires n'étaient pas propriétaires exclusifs du fond représentatif des nouvelles actions, puisqu'elles n'existaient pas. L'émission qui en a été faite ultérieurement a réduit, il est vrai, la valeur des autres, mais elle a aussi diminué les charges qui pesaient sur elles. Cette émission est le complément d'exécution de l'acte de société. Elle a irrévocablement fixé les parts d'intérêt de chacun, d'après l'organisation définitive de la société; et il n'en est résulté aucune cession particulière des anciens associés aux nouveaux. D'après ces motifs, le droit proportionnel a été restitué, sous la réserve du droit fixe. »

(2) **Add.** Op. conf. de Duvergier, n° 42, *ubi* Pardessus, n° 969.

(3) Émerigon, t. II, p. 394, a fait ressortir cette vérité contre Casaregis, *disc.* 7, n° 2, et autres auteurs cités; Dumoulin, *Contrat usur.*, n° 98; Pardessus, tome IV, n° 971, qui a suivi ces jurisconsultes, aurait bien dû les citer.

(4) Émerigon, t. II, p. 395; Deluca, *de credito*, cap. III, n° 8; Fagnan, ad cap. *Naviganti*, n° 28.

57. Du reste, il faut remarquer que lorsqu'une convention n'a que la simple apparence de la société, toute partie intéressée a le droit de la ramener à sa vraie qualification. Les tiers y sont admis contre les parties; les parties, contre les tiers. Ainsi donc, quand bien même les tiers trompés par une vaine couleur auraient cru contracter avec une société, le prétendu associé serait toujours admis à les faire rentrer dans la vérité et à se faire reconnaître dans sa qualité. L'art. 42 du code de commerce ne serait pas un argument. Car il suppose une convention qui réunit toutes les conditions essentielles d'une société réelle. C'est ce qu'a jugé la cour d'Orléans par arrêt du 18 juin 1838 (DALLOZ, 39, 2, 103).

58. Lorsqu'une société a été légalement constituée par la réunion des conditions intérieures et extérieures que requièrent les art. 1832, 1833, 1834 du code de commerce, elle donne naissance à un corps moral, qui se distingue des associés pris individuellement; elle forme une personne abstraite, envers laquelle les associés ont des devoirs à remplir, une personne, dis-je, qui a ses droits, ses prérogatives, son domaine de propriété, son actif et son passif propres. Pendant tout le temps que dure la société, le contrat attribue, sous certains rapports (1), à l'être moral que forme la réunion des associés, la propriété des mises conférées par chacun d'eux (2); en ce sens, le contrat de société est translatif de propriété (3). La société, tierce personne distincte des associés, est par rapport à eux dans une situation qui rappelle celle d'un acheteur (4). Les associés sont garants envers elle de leurs mises, de même que le vendeur est garant envers l'acheteur (5). A la vérité, le partage qui est la fin de toute société fera acquérir aux associés individuellement la propriété de chaque lot. Mais avant cet événement, ce ne sont pas les associés qui, en quelque manière, sont regardés comme propriétaires des choses mises dans la société. C'est la société qu'une fiction utile et expressive en investit, en lui donnant la consistance d'une personne morale qui se dégage des individus.

Ce point de droit me paraît certain (6). Mais comme toutes les convictions ne sont pas bien assises à cet égard, je crois devoir me livrer à quelques observations de nature à les fortifier dans une règle que je considère comme fondamentale en matière de société (7).

59. Il est incontestable que la société apparaissait

---

(1) *Infrà*, n° 70, la limitation de ceci.

(2) Mon comm. de la *Prescription*, t. II, n° 884.

(3) POTHIER, *Prescription*, n° 79.

(4) Quoiqu'il n'y ait pas identité parfaite. *Suprà*, n° 52, ULP., l. 13, § 1, D. *Præscript. verbis*.

(5) Argument de l'art. 1845; *infrà*, n° 625.

(6) Voy., en ce sens, DELVINCOURT, t. III, p. 8; DURANTON, tome XVII, n°s 334, 388; PARDESSUS, tome IV, n°s 1089, 1207; PROUDHON, *Usufruit*, n°s 2061, 2065; FAVARD, *Société*, ch. II, section IV, § 2, n° 4; DUVERGIER, n° 382; CHAMPIONNIÈRE, *Traité des droits d'enregistrement*, t. III, n°s 2743, etc.; DELAMARRE et LEPOITEVIN, *Contrat de commission*, t. II, p. 468.

Add. ROLLAND DE VILLARGUES, *Société*, n° 3; LECLERCQ, t. VI, p. 213.

(7) TOULLIER ne l'admet ni en droit civil, ni en société de commerce (t. XII, n° 82). FREMERY ne voit un corps moral que dans les sociétés de commerce, et point dans les sociétés civiles (*Études du droit commercial*, chap. IV, p. 30). C'est aussi l'opinion de VINCENS, *Législ. com.*, tome I, page 297, et *Des sociétés par action*, pages 6 et 7; et de ZACHARIÆ et de ses annotateurs, tome III, page 55, note 6, et page 66, § 381 *bis*, et note 1. Les annotateurs de Zachariæ exceptent les sociétés civiles anonymes.

Add. Voici l'opinion de FREMERY : « Vers le XII° siècle, le développement du commerce rendit les associations entre commerçants extrêmement nombreuses. Alors les associés qui se proposaient surtout, en réunissant leur fortune, d'augmenter leur crédit pour se livrer à de plus grandes opérations, s'efforcèrent de faire connaître au public l'association qu'ils avaient formée; ils signèrent ensemble leurs engagements commerciaux; ils employèrent le pronom possessif pluriel en parlant l'un de l'autre, *il nostro; notre sieur N.*; *nous avons reçu*, etc. Le plus souvent l'un d'eux ou plusieurs d'entre eux, quelquefois un tiers étranger à la société, reçut le mandat de signer, au nom de la société, pour tous les associés (Rote de Gênes, décis. 7, n° 10).

» Ainsi la société se manifesta au public (a) dans toutes les opérations faites par ses membres. Dès lors une idée nouvelle fut introduite dans le droit commercial, et signalée par les jurisconsultes (Rote de Gênes, *ibid.*). Une société fut considérée comme un être collectif, un être de raison (*corpus mysticum*), ayant une volonté, un domicile, des biens, contractant des dettes et des créances. Sans autre procuration que la déclaration de ses associés, ou même leur consentement tacite, le représentant de la société put obliger tous les membres du corps au nom duquel il s'exprimait; régulièrement il devait énoncer et signer les noms des associés qui s'obligeaient personnellement; mais lors même qu'il n'aurait signé que de son nom les lettres qu'il écrivait pour la société, il suffisait qu'il se fût exprimé d'une manière collective, comme *nous avons*, etc., pour être considéré comme l'organe de la société (Rote de Gênes, *ibid.*, et décis. 30, n° 5; 104, n° 11; 135, n° 1; 155, n° 3; 166, n° 1; 185, n° 2). Telle fut la coutume universelle du commerce.

» Nul exemple, dans le droit civil, d'une semblable institution.

» Jusque-là le contrat de société restait exclusivement personnel à ceux qui l'avaient contracté; c'était un rapport établi entre eux, mais inconnu et étranger aux tiers; chaque associé n'agissait qu'en son nom, ou bien au nom et comme fondé des pouvoirs de son coassocié, mais non pas au nom de l'association. En un mot, il y avait des associés, mais il n'y avait point de société.

» Cette idée nouvelle produisit un grand résultat.

» Ce fut de dégager l'actif commercial de la société des biens particuliers de chacun des associés, et de là ce principe que l'actif social appartient aux créanciers de la société, à l'exclusion de tous les créanciers personnels de chaque associé, et même de la femme de l'associé, malgré tous les priviléges dont la reprise de sa dot était environnée: *Creditores societatum mercatorum... in rebus et bonis societatum... præferantur quibuscunque aliis creditoribus sociorum singulorum... etiam dotibus* (Statut de Gênes, liv. IV, ch. XII, v. 4).

» Dans la sphère du droit civil, si je contracte avec Paul et Félix qui sont en société, j'aurai pour débiteur Paul et Félix seulement, et s'ils deviennent insolvables, je viendrai en concours, sur la masse des biens de chacun d'eux, avec les créanciers particuliers de chacun. Mais s'ils sont commerçants, le droit commercial m'autorise à me prévaloir de la société qu'ils ont formée; il me présente cette société comme mon premier débiteur; c'est un débiteur dont je discuterai les biens; et je n'admettrai point au partage ceux qui n'ont pas comme moi traité avec la société, mais qui ont contracté avec Paul seulement pour ses affaires particulières, ou seulement avec Félix.

» Ainsi, la société une fois formée et dotée d'un actif social par l'apport d'un capital libre, de la part de chaque associé, devient un être de droit, propriétaire, et agissant par l'entremise de ses membres; en sorte que la propriété de l'actif, accru ou diminué, résidant désormais dans la personne de la société, et non pas, même par indivis, dans celle de chaque associé, l'associé n'est plus que le créancier de la quotité éventuelle que lui produira, pour sa part, la liquidation de l'actif, au moment où, la société

(a) En 1233, le pape Grégoire IX donne une quittance à la maison Angelerius Solaficu et compagnie (*et socii*) : Muratori, *antiq. med. æv.* diss. 16, t. I, p. 890.

aux jurisconsultes romains comme un être moral, pareil à une succession vacante, aux corps municipaux et aux autres personnes civiles reconnues par leur droit (1). Le jurisconsulte Florentinus le déclare de la manière la plus expresse. « Mortuo reo promittendi, et anté aditam hæreditatem, fidejussor accipi » potest; quia *hæreditas personæ vice fungitur, sicuti municipium et decuria, et societas* (2). » Ce texte est très-remarquable. Florentinus veut assigner le rôle de la succession qui n'est pas encore appréhendée; où va-t-il prendre les points de comparaison qui doivent caractériser cette individualité, sans personnification vivante? Dans des personnes morales devant lesquelles s'effacent les individus, dans un municipe, dans une décurie, dans une société. Ainsi donc, de même qu'un municipe absorbe dans son être abstrait les individus dont il se compose, de même une société est, dans ses rapports intérieurs et extérieurs, une personne morale qui éclipse les associés qui la forment (3); les associés ne sont pas plus à considérer que l'héritier n'est à rechercher pour savoir si une hérédité jacente peut remplir une fonction juridique (4).

La même idée est reproduite par Ulpien dans la loi 3, § 4, D. *De bonor. possess.* « A municipibus, et » *societatibus*, et decuriis, et *corporibus*, bonorum » possessio agnosci potest. » Ulpien met les sociétés sur la même ligne que les municipes, les décuries, etc.; elles sont à ses yeux des corps moraux.

60. Ce caractère était surtout manifeste dans les sociétés organisées pour l'exploitation des mines et des salines, et pour le recouvrement de l'impôt; sociétés si nombreuses dans l'empire et si puissantes par leur crédit et leurs richesses. Elles formaient un corps, une université (5), et avaient une organisation représentative (6). C'est pourquoi les interprètes les ont appelées *societates collegiatæ* (7), parce qu'elles étaient de véritables collèges publics, reconnus comme tels dans toutes leurs relations. Cet exemple suffirait à lui seul pour démontrer l'erreur de ceux qui ont pensé, que ce n'est que vers le XII[e] siècle que l'on vit éclore l'idée *toute nouvelle* de la société considérée comme un être collectif ayant une volonté, un domicile, un patrimoine, une activité propres. Si Frémery n'eût pas perdu de vue les sociétés des publicains dont les lois romaines parlent si sou-

étant dissoute et éteinte, la propriété de cet actif retournera de la société aux associés qui la composaient et qui lui survivent.

« Dès que l'associé n'est que le créancier membre de la société existante, il s'ensuit que ses créanciers personnels, n'ayant que ses droits, ne peuvent réclamer que cette même part qui doit revenir à leur débiteur par l'effet de la liquidation.

« Or, la liquidation consiste à réaliser l'actif net, en acquittant tout le passif; conséquemment, les créanciers de l'associé, se présentant avec ses droits, n'ont aucune part à réclamer dans l'actif social, tant que les créanciers de la société ne sont pas entièrement payés. La décision suivie par la coutume, est donc la déduction fort exacte de l'idée nouvelle introduite par les commerçants en matière de société.

« Mais si la coutume commerciale, en admettant qu'une société de commerce est un être distinct de chacun de ses membres, a permis aux créanciers de la société de se prévaloir de la conséquence qui s'y rattache, elle n'a pas songé à isoler la société des associés qui la composent. Nul n'est créancier de la société que parce qu'il a contracté avec les associés; or, si leur réunion collective a donné pour débiteur au créancier la société, elle n'a pas empêché que chacun des membres de cette réunion ne fût aussi le débiteur personnel du créancier avec qui ils ont traité. Aussi n'a-t-il jamais été mis en doute que le créancier de la société n'ait un droit sur tous les biens particuliers de chaque associé, semblable à celui des créanciers particuliers de cet associé.

« On s'étonnera, sans doute, que le droit civil ait souffert, sans résistance et sans conflit, un empiétement si considérable sur son domaine de la part du droit commercial. Il est conforme aux règles du droit civil, que les conventions ne produisent d'effet qu'à l'égard de ceux qui les ont faites; les tiers ne peuvent les invoquer à leur profit (code civil, art. 1165; *Obligations*, n° 87; l. 25, C. *de pactis*). D'après ce principe, les créanciers particuliers de l'associé ne pourraient être obligés de reconnaître un actif appartenant à la société, et ils seraient fondés à n'admettre qu'au marc le franc, avec eux, sur la masse totale des biens de leur débiteur, les créanciers de la prétendue société. Pour empêcher ce mode de distribution, qui a encore lieu quand la société dans laquelle le débiteur est intéressé n'est point commerciale, il a fallu imaginer l'existence d'un être fictif et l'investir de toute la capacité d'une personne réellement existante.

« Comment se fait-il que tout ce qui n'est pas commerçant ne se soit point élevé contre cette prétention de la coutume commerciale, de créer ainsi un être de droit qui s'interpose entre les créanciers de la société, tous commerçants, et les créanciers particuliers de l'associé, dont la plupart sont étrangers au commerce? car aucune loi n'a introduit ce principe; il a été adopté et établi par la coutume commerciale et dans l'intérêt des commerçants! Et quoique les commentateurs n'en aient pas signalé l'importance, le jurisconsulte ne peut pas la méconnaître; il est évident que la règle du droit civil a fléchi et s'est soumise devant la coutume commerciale!

« La raison en est peut-être que cette coutume a commencé à s'établir dans les villes d'Italie, comme Venise, Gênes, Ancône, Florence, où le commerce était répandu dans toutes les classes, et comme le fond de l'ordre social; on disait proverbialement au quinzième siècle: *Genuensis est, ergò mercator; valet consequentia* (Rote de Gênes, décis. 139, n° 10). Il est clair que, chez ces peuples, la coutume en harmonie avec l'intérêt général s'est facilement établie. De là elle s'est répandue parmi les autres nations qui l'ont admise, parce qu'elles recevaient, toutes faites et sans autre examen, les habitudes commerciales de l'Italie.

« En effet, ce caractère si important, attribué par la coutume aux sociétés de commerce, n'est pas même consigné dans nos lois. A peine trouve-t-on dans le code civil (art. 529), une disposition qui suppose, parce qu'elle en fait l'application, le principe que la société est propriétaire de l'actif social. Quant au droit, pour les créanciers de la société, d'exclure de la distribution de l'actif social les créanciers particuliers de chaque associé, il n'est écrit nulle part.

« Mais la coutume commerciale, telle qu'elle s'est produite dès l'origine, n'en est pas moins la loi des commerçants: ses principes sont répétés par les auteurs (Pardessus, t. IV, n[os] 1089 et 1207) et sanctionnés par la jurisprudence (Paris, 9 août 1831; Dalloz, XXXI, 2, 208). »

(1) **Add.** Telle n'est pas l'opinion de DURANTON. Il dit, n° 334: « Dans le droit romain on considérait la chose autrement; l'effet du contrat de société était principalement de produire des obligations entre les associés, pour se contraindre réciproquement à exécuter les conventions portées au contrat, et l'on ne supposerait pas, comme chez nous, un être intermédiaire ayant ses droits et ses obligations indépendants des droits et des obligations des associés pris individuellement. »

(2) L. 22, D. *de fidejussor.*

(3) GODEFROY met cette note sur cette loi: « Municipium, » decuria, *societas*, licet *pluribus personis constent*, unius tamen » personæ vicem sustinent. »

(4) Du reste, CUJAS remarque qu'un municipe, une décurie, une société, sont bien plus des personnes morales qu'une hérédité jacente; car celle-ci n'est pas capable de recevoir un usufruit, les autres ont capacité pour cela (Récit. sol. sur la loi 3, § 4, D. *de bonor. possess.*).

(5) CAIUS, l. 1, D. *Quod cujusq. universit.*

(6) Voy. préface.

(7) BALDE, sur la rubrique du code *Pro socio*; FELICIUS, préface, n° 33.

vent (1), il n'aurait pas avancé que le droit civil n'avait jamais offert d'exemple d'une semblable institution (2); il l'eût trouvée vivante dans le droit romain.

61. Du reste, je le répète, ce n'est pas seulement dans les sociétés publiques pour les impôts que l'on proclamait l'existence d'un être collectif. La personne abstraite se détachait également dans les sociétés privées et ordinaires (3). Il est vrai que le corps moral y était moins saillant, moins énergiquement dessiné, il n'avait pas le caractère public des sociétés vectigalienues, on ne pouvait lui donner le nom de collége (4); mais, quoique plus caché, il n'en est pas moins réel. Les lois que j'ai citées en sont une preuve certaine (5).

Au surplus, écoutons le jurisconsulte Paul, dans la loi 65, § 14, D. *Pro socio*.

« Si communis pecunia penes aliquem sociorum « sit, et alicui sociorum quid absit, eum eo solo agen« dum penes quem ea pecunia sit. Quâ deductâ, de « reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere pos« sunt. »

Dans cette espèce, le jurisconsulte considère la société comme un être de raison distinct des associés; il la personnifie dans la caisse commune, tour à tour créancière ou débitrice (6). Un associé a souffert un dommage qui lui donne droit à une réparation de la part de la société; s'il est vrai qu'il faille considérer les associés plutôt que la société, cet associé devra s'adresser à chacun de ses coassociés individuellement, pour se faire indemniser par eux suivant leur part et portion. Mais il n'en est pas ainsi. D'après Paul (7), c'est plutôt par la société que par les associés que l'indemnité doit être payée : c'est la société, c'est la caisse, qui devront être actionnées. Sur quoi le président Favre fait cette judicieuse remarque : « *Societas enim ipsa est quæ debet, et arca communis* « *quæ inter socios* FICTÆ CUJUSDAM PERSONÆ VICEM OB« TINET. »

Et comme il y avait peu de sociétés qui n'eussent une caisse commune (8), il s'ensuit que la personnification dont parle Favre, et sur l'idée de laquelle repose la loi 65, § 14, était la règle générale du contrat de société.

Aussi, voyez cette idée d'un corps moral distinct des associés se produire dans le langage de la pratique, et dans les harangues des avocats! Cicéron, dans son discours pour Quintius, veut reprocher à Nævius le retard frauduleux de ses réclamations contre son associé ou sa succession. « Neque intereà verbum ul« lum interponit Nævius, AUT SOCIETATEM *sibi quid*« *piam debere, aut* PRIVATIM *Quintium debuisse* (sup. « n° 4). » N'est-ce pas là le pittoresque antagonisme de la société et des personnes privées qui la composent?

62. Cette personnification de la société produisit un autre effet qui n'a pas échappé à la sagacité des interprètes.

Une société a placé à la tête de la caisse commune un de ses membres, comme cela arrive souvent (9). Supposons que ce préposé demande, au nom de la société, à l'un des associés de verser la mise à laquelle il s'est engagé. Ce dernier, qui est créancier du gérant, pourra-t-il lui opposer une compensation? Non, répondent les interprètes par argument de la loi 65, § 14, D. *Pro socio*. Et pourquoi? Parce que le gérant n'agit pas *ut singularis persona*. C'est la société qui se présente comme corps, sous son nom. *Corpus societatis agit, non ille* (10).

---

(1) POMPONIUS, l. 59, D *Pro socio;* ULPIEN, l. 5, D. *Pro socio*, l. 31, § 1, D. *de furtis*, l. 3, § 4, D. *de bonor. possess.;* CAIUS, l. 1, D. *Quod cujusq. univers.*

(2) *Loc. cit.*

(3) POMPONIUS les appelle ainsi par opposition aux sociétés de publicains, l. 59, D. *Pro socio*.

(4) BODIN, liv. III, chap. VII, p. 351, *in fine*, et 352, réfute BARTOLE et ACCURSE, qui ont cru que trois personnes réunies en société de tous biens forment collége. Sur les colléges et corps moraux, voy. DE SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. II, p. 251, § 88.

(5) C'est aussi l'avis de DE SAVIGNY, *loc. cit.* Mais il ne discute pas la question.

(6) Voy. aussi art. 1846 du code civil.

(7) Je suis le commentaire du président FAVRE sur la loi précitée (*Ration. ad Pand.*).

(8) Aussi CUJAS disait-il : « Omnis societas habet arcam pe« cuniamque communem, sicut omne collegium ut omnis univer« sitas. » Sur la loi 82, D. *Pro socio* (lib. III, respons. Papin.); argument de la loi 1, § 1, D. *Quod cujusq. univers.*

(9) FAVRE sur la loi 82, D. *Pro socio :* « Solet, in societati« bus *fere omnibus*, procurator constitui qui solus, omnium « nomine, societatem exerceat, quem sciunt socii majoris esse « vel diligentiæ, vel gratiæ, vel industriæ, ut in l. 59 et 80 « D. *Pro socio.* »

(10) BALDE sur la loi 9 *Ejus*, C. *de compensat.* Voici le passage entier : « Nos videmus plerumque quod socii bursam commu« nem faciunt, et constituunt aliquem, qui præsit illi bursæ, ut « D. *Pro socio*, l. 63, § 5, *si cum tres*. Modò pone, quod talis « præpositus, nomine societatis, petit ab uno ex sociis quod po« nat certam quantitatem in societate quam ponere debet; dicit « ille : Tu debes mihi tantam quantitatem et ideò compenso « totum. Quæritur quid juris? Respondeo : Compensatio non « procedit, *quia corpus societatis agit*, non ille tanquam singu« laris persona; et ideo quod debetur societati, non compensa« tur cum uno ex sociis, ut D. *Pro socio*, l. 65, *Actione*, § 14, « *si communis.* »

BALDE vient de parler des sociétés en général; SALICET va donner un exemple emprunté aux sociétés de commerce (sur la même loi, n°s 3 et 4) : « Quæro cum Cyno : Plures fecerunt so« cietatem *in arte cambii*, et unusquisque certam quantitatem « debet ponere in bursâ communi, et omnes ex eis unum consti« tuerunt qui præesset tabulæ et bursæ; petit iste præpositus, « societatis nomine, ab uno eorum quantitatem quam ponere « debebat in societate; excipit iste : Tu mihi debes tantumdem « vel partem, undè illud compenso. Quæritur an possit? dicen« dum est quod non; quia iste alienum debitum compensat, non « quod debetur a societate cujus nomine petitur; iste enim non « petit ut sibi debitum, nec ipse *ut singularis persona, sed debi*« *tum* SOCIETATIS. Ideò ei non compensatur quod ipse *ut singula*« *ris persona debet* (Arg. hujus legis et *infrà*, ead. leg. *Si velut*), « et pro hoc accedat, D. *Pro socio*, l. *Actione*, § *Si commun.;* « pro hoc etiam facit, quia si pecunia ista est statuta ad usus « communes societatis, facit quod istud non sit distributum *sin*« *gularis personæ sed societatis;* quia, quod *est universitatis*, « *non est singulorum;* l. *in tantum*, § *Universit.*, D. *de rerum* « *div.* Item de isto debito communi primò debent solvi debita « societatis, quam privata debita sociorum; sicut in actione de « peculio primo debet solvi quod domino et in ejus potestate « positis, et socio debetur, quam cæteris, ut aut. in C. penult. « *infrà Quod cum eo.* »

Mais bien que l'exemple de SALICET soit pris des sociétés de commerce, ses autorités sont tirées des textes du droit romain empruntés aux sociétés civiles; CUJAS qu'il invoque est d'ailleurs très-général dans sa doctrine. La voici : *sur la loi in ea*, C. *de compens.* :

« Plerumque videmus quod socii bursam communem faciunt « et constituunt aliquem qui præest illi bursæ. Modò pone quod « talis præpositus petat ab uno ex sociis, quod debet ponere in « bursam communem; dicit socius : Tu debes mihi tantum; « compenso tecum; numquid potest? Videtur quod non. « (Arg. ejus quod dicitur de pecunia debita in causâ alimento« rum et statutorum sumptuum.) »

Voilà des autorités qui pourront paraître formelles et décisives.

63. Voudrait-on se faire une objection de la loi 13, § 1, D. *Præscriptis verbis*, dans laquelle Ulpien déclare que la mise en société n'emporte pas aliénation de la chose, « *Nemo societatem contrahendo rei suæ dominus esse desinit?* » Dira-t-on que puisqu'on ne cesse pas d'être propriétaire de l'objet apporté, c'est la preuve qu'il n'y a pas dans la société un corps moral, distinct des associés et propriétaire de l'actif; car la propriété ne peut être à la fois aux associés et à la société?

Mais il faut faire attention à la portée de cette loi. Ulpien ne veut pas dire que tant que dure la société, l'associé n'a pas aliéné son droit de propriété sur son apport. Car il se mettrait en contradiction avec Paul (1) et Caius (2). Et il est certain que pendant la durée de la société, il y a communication et aliénation. *Res continuo communicantur.* Seulement, cette aliénation n'est pas absolue; et, à la fin de la société, chacun retire une part (3). Or, c'est ce retrait possible qui préoccupe Ulpien et lui fait dire que la société n'entraîne pas une aliénation. Non! ce n'est pas une aliénation absolue, comme celle qui engendre la vente : non, l'associé n'abdique pas sa chose radicalement et à toujours. Tel est le sens de ce texte d'Ulpien tel que l'a fixé le président Favre (4); on n'y saurait trouver une objection sérieuse.

64. Du reste, je ne voudrais pas me prévaloir pour soutenir mon opinion d'une raison que Duvergier a puisée dans la différence de l'action *pro socio* avec les actions *familiæ erciscundæ* et *communi divid.* (5). Pourquoi, se demande cet auteur, l'action *pro socio* était-elle purement personnelle (6), tandis que les deux autres étaient mixtes (7)? C'est, dit-il, parce que la propriété des choses formant l'actif social n'était pas placée dans les mains des associés, au même titre que la propriété des objets composant une succession ou une communauté l'est dans les mains des héritiers ou des communistes. Si chaque associé eût été considéré comme personnellement propriétaire d'une partie des choses appartenant à la société, l'action *pro socio* ayant pour objet le partage eût été mixte; puisqu'elle est personnelle, il faut chercher en dehors des associés le véritable propriétaire de l'actif social. Ce propriétaire ne peut être que la société elle-même. Or, admettre que l'être collectif a un droit de propriété, c'est reconnaître qu'il est une personne civile.

Ainsi raisonne Duvergier. Mais je ne puis me décider à faire cause commune avec lui dans cette argumentation. L'action *pro socio* n'a jamais eu la même fin et le même but que l'action *communi dividundo* (je laisse de côté l'action *familiæ erciscundæ* qui n'avait lieu qu'en matière de succession). Ulpien le déclare en propres termes dans la loi 13, D. *pro socio*, où il enseigne que l'action *communi dividundo* n'empêche pas l'action *pro socio*. En effet, la première concerne plus la division des choses communes que les prestations personnelles; au contraire, la seconde ne concerne que les prestations personnelles et les obligations respectives découlant du contrat de société (8). A entendre Duvergier, il semblerait que le partage d'une société ne dût se faire que par l'action *pro socio*, et non par l'action *communi dividundo*, propre à la simple communauté. Eh bien! Ulpien dit tout le contraire. Il nous montre un partage opéré par l'action *communi dividundo* entre associés, et s'il faut en croire les meilleurs interprètes, Doneau (9), Vinnius (10) et Voet (11), on ne pouvait partager les choses communes dans une société que par l'action *communi dividundo* seule, jamais par l'action *pro socio* (12), dont la fin ne concernait pas la division et l'attribution des lots (13).

65. Mais revenons à notre conclusion. On a vu les idées que le droit romain a transmises au droit des nations modernes sur l'existence des sociétés comme corps moral. De bonne heure elles ont été développées par les interprètes. Balde, jurisconsulte du quatorzième siècle (14), en est la preuve. Mais elles n'attendirent pas cette époque pour gouverner le droit français. On les trouve pour ainsi dire innées dans les sociétés tacites qui couvrirent la France au berceau de la monarchie. J'ai dit dans la préface de cet ouvrage que ces sociétés formaient un corps; Coquille a insisté avec force sur ce caractère des associations agricoles du Nivernais. Il est étonnant qu'avec de tels exemples nationaux, si décisifs et si frappants, des écrivains, d'un vrai mérite du reste (15), soient allés chercher dans les sociétés de commerce italiennes l'origine d'une institution qui se perd dans les antiquités du droit français. Au surplus, nous verrons plus tard les associations civiles établies en Provence pour les dessèchements, prendre le titre de corps et en avoir l'existence et les prérogatives (16).

66. Les sociétés civiles peuvent donc revendiquer à l'égal des sociétés de commerce une personnification que nous trouvons en elles, aussi loin que nous remontons dans l'histoire du droit. Ce *corpus mysticum*, que Straccha signalait dans les sociétés commerciales (17), Balde l'avait aperçu dans toutes les socié-

(1) L. 1, § 1, D. *Pro socio*.

(2) L. 2, D. *Pro socio*.

(3) **Add.** Op. conf. de Leclercq, t. 6, p. 213 : « La masse qui compose le patrimoine de la société appartient à tous les sociétaires, ils la possèdent indivisiblement, comme tous les héritiers sont propriétaires des biens qui composent une succession avant le partage.

« Il n'est pas possible de mettre des biens dans une société sans les aliéner, mais cette aliénation n'est pas absolue comme dans la vente ou dans l'échange; par l'effet du partage, le sociétaire peut encore recouvrer ses propres biens s'ils sont mis dans le lot qui lui échoit lors du partage. »

(4) Rat. ad Pand., sur la loi 13, § 1, D. *præscript.*, verb. : « Sic enim intellige ut qui societatem etiam universalem et in « perpetuum contrahit, rem suam communicet socio et in eam « partem dominii transferat, non in perpetuum, *sed quamdiù* « *futùm durat societas.* » Voy. aussi Pothier, *Société*, n° 3.

(5) N° 382.

(6) *Suprà*, n° 27.

(7) *Suprà*, n° 27.

(8) Favre sur cette loi : « Actionem communi dividundo « *non tam ad personales vicissim præstationes* pertinet, ut actio« nem pro socio, quàm *ad communium rerum divisionem*; et « contrà, actionem pro socio magis ad personales invicem præ« stationes, *quàm ad res dividendas*; et si judicium quoque com« muni dividundo, suas quoque præstationes habet accessorias. » Plus haut, il avait dit : « Actio communi dividundo adjudicatio« nes mutuas admittit, *quas admittere non potest actio pro socio.*

(9) *Comm.*, lib. XIII, cap. XVII, n° 3, *in fine*.

(10) *Quæst. select.*, lib. 1, cap. XXXVI.

(11) *Ad Pand.*, *Pro socio*, n° 10.

(12) L. 1, D. *comm. divid.*

(13) *Infrà*, nos 519 et 997.

(14) Savigny, *Hist. du droit romain*, t. IV, p. 233. J'ai cité ci-dessus le passage des écrits de Balde.

(15) Frémery, *loc. cit.*

(16) *Infra*, n° 344.

(17) Societatis est *corpus mysticum ex pluribus nominibus*

lés quelconques (1). Et quand le projet de code civil fut communiqué aux cours d'appel, la cour de Rouen exprima son regret de ne l'y pas trouver assez saillant : « Nous observerons au surplus qu'on a omis « *un des premiers principes qui dérivent* DE LA NA- « TURE *des sociétés*; ce principe est que la société « forme une *personne fictive et morale* séparée des « associés, et qu'en conséquence on ne peut saisir les « immeubles et les fonds de la société pour les dettes « personnelles d'un des associés, lorsque la société « est légalement et authentiquement constatée; sans « préjudice toutefois des hypothèques antérieures qui « auraient appartenu à l'un des associés. » La cour de Rouen avait donc conscience de ce grand caractère de la société civile qui vit comme un corps moral. Seulement elle se trompait quand elle croyait que le code civil n'en contient pas la révélation. Il suffit en effet de lire les articles 1845, 1846 (2), 1848, 1849, 1851, 1852, 1863, 1867, l'article 1859 surtout, où nous voyons la société investie d'un droit de propriété qui restreint l'usage de la chose de la part des associés considérés privativement, et où le droit de l'être moral plane sur le droit des individus et le condamne à la subordination (3). C'est ce corps qui est créancier de la mise de l'associé; c'est lui qui en devient propriétaire; c'est lui qui, à son tour, peut devenir débiteur de l'un des associés; c'est lui qui achète, et l'on se tromperait si l'on croyait qu'il y a autant d'acheteurs que d'associés. Il n'y a qu'un seul acheteur, c'est la société (4). Si deux associés mettent en commun chacun un immeuble, dit très-bien Championnière (n° 2743), la convention n'est pas un échange; car il ne faut pas la considérer par rapport aux associés, mais bien par rapport à l'être collectif auquel le contrat a donné naissance. « Lorsque l'un met un « objet certain, et l'autre une somme (je continue à « citer le même jurisconsulte), il n'y a pas vente; « lorsque le premier n'apporte que son industrie ou « la jouissance d'un bien, il n'y a pas louage d'ou- « vrage ou d'une chose. Les associés ne s'engagent « pas *immédiatement* l'un envers l'autre. Une tierce « personne vient se placer entre eux. C'est la société « qui reçoit leurs promesses et acquiert ce dont « ils se dépouillent. C'est donc entre les associés « et la société que la convention doit être considé- « rée (5). »

67. Du reste la jurisprudence s'est définitivement placée à ce point de vue. Un arrêt de la chambre des requêtes de la cour de cassation, en date du 8 novembre 1836, au rapport de mon honorable collègue Mestadier, porte que : « La société civile est, comme « la société de commerce, un être moral, dont les « intérêts sont distincts de ceux de chacun des mem- « bres (6). »

68. Toullier (t. XII, n° 82) a cependant avancé que la prétention de faire de la société (même de la société de commerce) une tierce personne placée au-dessus des associés, et ayant des droits distincts, *confond toutes les idées*.

Mais lorsque Toullier écrivait ces lignes, sa brillante époque avait fait place au triste déclin d'une carrière qui finit. Dans la maturité de son beau talent, il n'aurait pas osé s'attaquer à l'un des principes les plus notoires du droit commercial, à l'une de ces vérités qui, entre toutes les propositions reçues, est empreinte au plus haut degré du cachet de l'évidence. Aussi loin que l'on remonte dans les annales du commerce moderne, on trouve la société commerciale agissant comme un être moral, et signalée par les jurisconsultes comme un corps investi d'attributs particuliers. Salicet, Straccha, que j'ai déjà cités; Scaccia, qui disait : *Aliud est corpus unius societatis, et aliud est quilibet socius ipsius societatis* (7); Émerigon, qui ajoutait : « La société est une personne civile qui a ses droits et ses attributs particuliers (8); » tant d'autres auteurs que je pourrais citer (9), judicieux et savants échos de la coutume commerciale et des statuts les plus renommés (10), sont-ils donc coupables d'avoir porté la confusion dans le droit (11)? ou plutôt la confusion ne vient-elle pas d'une controverse irréfléchie sur une question à jamais résolue?

69. Et quant aux sociétés civiles, vainement dirait-on qu'il n'appartient pas à des particuliers de former un corps moral, de leur propre autorité; qu'il n'est pas donné à quelques individus, en se rapprochant pour leur plus grand intérêt, de s'ériger en une personne civile et de dépouiller leur individualité. Je réponds que le concours de l'autorité n'est nécessaire que pour la création des êtres moraux publics, tels que collèges, corporations, académies, communes, sociétés anonymes, etc.; mais qu'il ne l'est pas à l'égard des personnes morales privées, telles que les sociétés civiles (12). Ces dernières doivent leur exis-

---

conflatum. Decis. rotæ Genuæ, VII, 9, 10. Voy. SALICET, sur la loi 9, C. *de comp.*, cité *suprà*, n° 62, note, et DELUCA, lib. II, des *Regul.*, disc. 91, n° 9.

(1) *Suprà*, n° 62 (note). POTHIER personnifie aussi la société, *Prescription*, n° 79. Il distingue trois temps de possession en ce qui concerne les choses sociales : 1° la possession de l'associé qui a apporté la chose; 2° la possession *de la société*, quand l'apport a été réalisé; 3° la possession de l'associé à qui le partage l'a fait échoir.

(2) La caisse, dit cet article (voyez *suprà*, n° 61).

(3) Voy. *infrà*, n° 820.

Add. Op. conf. de DURANTON, *Société*, n° 334; DUVERGIER, *Société*, n° 382, où il dit encore : « Les articles 50 et 59 du code de procédure, en attribuant aux sociétés un domicile qui peut être distinct de celui de chacun des associés, indiquent aussi, comme je l'ai fait précédemment remarquer, qu'elle a une personnalité indépendante et séparée de celle des individus par la réunion desquels elle est formée. L'article 69 du même code est encore plus explicite; à la vérité il ne parle que des sociétés de commerce, mais je crois avoir démontré que sa disposition n'est point limitative. »

DUVERGIER cite, dans le même sens, une consultation délibérée, par PARDESSUS, le 21 février 1831.

(4) PRUDHON, n° 2361, 2365, *suprà*, n° 21.

(5) Voy. *infrà*, n° 650, 820, 950.

Add. GOUJON prend un terme moyen entre les deux opinions (Voy. *Revue des revues de droit*, t. IV, p. 57).

(6) DALLOZ, XXXVI, 1, 412; SIREY, XXXVI, 1, 811. Cassation, 24 juin 1829 (DALLOZ, XXIX, 1, 280, 281). *Junge* Paris, 9 août 1831 (SIREY, XXXI, 2, 259; DALLOZ, XXXI, 2, 208). Autre, 10 décembre 1814 (DALLOZ, *Société*, p. 96, n° 10, note 2). Grenoble, 1er juin 1831 (SIREY, XXXII, 2, 591; DALLOZ, XXXII, 2, 40).

(7) § 1, quæst. 1, n° 450.

(8) Des assurances, t. I, n°s 324, 325, et des Contrats à la grosse, t. II, p. 582.

(9) *Infrà*, n° 860; le card. TUSCHUS, etc.

(10) Voy., par exemple, *Statuts* de Gênes, lib. IV, cap. XII; SCACCIA, § 6, gloss. 1, n° 96; *infrà*, n° 78.

(11) *Junge* PARDESSUS, t. IV, n° 975; PERSIL fils, n° 14; MALPEYRE et JOURDAIN, n°s 28, 29.

(12) PUFFENDORFF, liv. I, ch. XII et XIII, fait la distinction.

Add. DUVERGIER dit, n° 382 : « En jurisprudence, dit « Toullier, un homme et une personne ne sont pas des termes « synonymes. Un homme est tout être humain, soit qu'il soit ou « non membre de la société, quel que soit le rang qu'il y tienne,

tence à une opération de l'entendement, à une abstraction à laquelle l'esprit ne saurait échapper, et dont il tire les conséquences pratiques lorsqu'il s'en est bien rendu compte. Il n'a pas fallu de loi, par exemple, pour faire un corps, des têtes de bétail comprises dans un troupeau (1) ; la logique a tout fait à elle seule ; puis sont venus les jurisconsultes qui ont traité cette abstraction comme une réalité juridique donnant lieu à des droits spéciaux. Lorsque le droit commun de notre ancienne France décidait que les rentes constituées à prix d'argent étaient un être moral et intellectuel, distingué par l'entendement des arrérages, et semblable aux biens immeubles (2) ; il n'avait pas besoin de la permission de la police centrale du royaume ; il faisait une abstraction logique, et tout le monde avait compris. D'ailleurs le code, qui est la loi des lois, reconnaît l'existence du corps moral de la société, par le seul fait du rapprochement des parties. Que veut-on de plus concluant ? Et si, pour les sociétés de commerce, le législateur a pensé que certaines mesures de publicité doivent servir d'auxiliaire à la volonté des contractants, c'est une précaution spéciale, dont on ne saurait argumenter pour effacer un des effets les plus authentiques des sociétés civiles (3).

70. Au surplus, nous ferons observer que l'exis-

« quels que soient son âge, son sexe, etc. Une personne est un « homme considéré suivant le rang qu'il tient dans la société, « avec tous les droits que lui donne la place qu'il y remplit « et les devoirs qu'elle lui impose (t. I, nº 168). »

Plus loin il ajoute (*ibid.*, nº 181) : « Les personnes, en juris« prudence, sont des êtres moraux ou abstraits » ; et il cite ces paroles de Wolf : « *Homo persona moralis est quatenus spec« tatur tanquam subjectum certarum obligationum atque jurium « certorum* (Inst. *juris. nat.*, § 96). »

« Ainsi, la personnalité légale ne se confond pas avec l'existence physique ; un homme n'est une personne qu'à raison des droits dont il est nanti et des obligations qui lui sont imposées ; en un mot, c'est la réunion des obligations et des droits qui constitue la personnalité.

« Si donc plusieurs individus, unis par un lien, effet de leur volonté, ou résultat des dispositions de la loi, sont investis de certains droits particuliers, distincts de ceux qui sont propres à chacun d'eux ; si réciproquement ils sont soumis à des devoirs, autres que ceux dont ils sont privativement tenus, il faut conclure qu'ils constituent une personne civile. C'est ce qu'enseignent les jurisconsultes et les publicistes. « Les personnes mo« rales composées se forment, dit Puffendorf, lorsque plusieurs « individus humains s'unissent ensemble, de telle manière que « ce qu'ils veulent ou ce qu'ils font en vertu de cette union n'est « censé qu'une seule volonté et une seule action. Et l'on conçoit « que cela arrive ainsi toutes les fois que chaque particulier « soumet sa volonté à celle d'un seul homme ou d'une assem« blée, en sorte qu'il veut bien reconnaître lui-même et consen« tir qu'on regarde comme la volonté et l'action de tous généra« lement, ce qu'un tel homme ou une telle assemblée auront « résolu ou exécuté, à l'égard des choses qui concernent préci« sément la nature de cette union considérée comme telle, et « qui ont du rapport avec son but ou sa destination naturelle. « Ainsi quoique partout ailleurs, quand plusieurs personnes ont « voulu ou fait quelque chose, on conçoive autant de volontés « et d'actions distinctes que l'on compte de personnes physiques « ou d'individus humains ; du moment que ces individus se « trouvent réunis en une personne morale composée, on ne leur « attribue qu'une seule et même volonté, et toute action qu'ils « produisent dans cette union morale n'est censée qu'une seule « action, quelque grand que soit le nombre des individus physi« ques qui y ont concouru véritablement. De là vient qu'une « personne morale composée peut avoir et a, en effet, pour l'or« dinaire, certains droits, certains biens ou certains avantages « qu'aucun des membres de ce corps ne saurait légitimement « s'attribuer en son particulier. »

« Tous ces caractères sont évidemment réunis dans les sociétés. Les volontés de tous les associés forment une volonté unique ; les actions auxquelles tous concourent sont considérées comme l'action d'un seul ; la société a ses biens, ses droits, ses priviléges, qui n'appartiennent privativement à aucun des associés ; elle est aussi engagée par des liens, auxquels chaque associé n'est pas individuellement soumis. Il est si vrai que les droits et les obligations de la société sont distincts de ceux de ses membres, que quelquefois c'est contre un associé qu'elle a action, ou envers lui qu'elle est obligée. »

Plus loin, DUVERGIER même, nº 382, rapporte l'opinion de PUFFENDORF : « Peu importe que la personne morale soit formée dans des vues d'intérêt public, ou qu'elle n'ait pour objet que des intérêts privés : seulement, selon le but de l'association, on la nomme, avec Puffendorf, personne morale *publique*, ou personne morale *privée*.

« Les êtres moraux, dit-il, que l'on regarde comme des sub« stances, s'appellent des *personnes morales* et l'on entend par « là les *hommes même considérés par rapport à leur état moral* « ou à l'emploi qu'ils ont dans la société, soit que l'on envisage « *chaque homme en particulier*, soit que *plusieurs réunis par « quelque liaison morale ne composent ensemble qu'une seule et « même idée* ; d'où il paraît qu'il y a deux sortes de personnes : « de *simples* et de *composées*.

« Les personnes *simples* sont ou *publiques* ou *particulières*, « selon la diversité de leurs états et de leurs emplois, et selon « que ces emplois se rapportent immédiatement ou à l'avantage « commun de la société civile, ou au bien particulier de chacun « des membres qui la composent. »

« Plus loin il ajoute : « Les personnes morales composées « que l'on appelle ordinairement des *sociétés*, se peuvent diviser « de même que les personnes simples en *publiques* et *privées*. »

(1) « Gregis unum *corpus* ex distantibus capitibus (Inst. *de legat.*, § 1) ; » mon Comm. du *Louage*, nº 1054.

(2) POTHIER, Orléans, *Introd. gén.*, nº 54 ; mon Comm. des *Hypothèques*, t. II, nº 408.

(3) Add. DUVERGIER, nº 384, ajoute ici : « Dans quelques esprits, je le sais, il y a, sinon conviction entière, du moins tendance à penser que les sociétés de commerce reçoivent, des dispositions de la législation qui leur est spéciale, le caractère et les attributs de personnes civiles ; on cite l'article 69, nº 6, du code de procédure civile, l'article 529 du code civil, qui semblent les classer dans une catégorie à part. On fait remarquer que des formalités prescrites par le code de commerce, pour constater leur existence et la révéler au public, démontrent l'intention de les constituer comme des individualités distinctes ; et j'ai entendu un magistrat d'un grand mérite établir une sorte d'assimilation entre le registre du greffe du tribunal de commerce sur lequel on transcrit les actes de sociétés commerciales, et les registres de l'état civil ; il disait que cette transcription est l'acte de naissance de la personne civile, et que la raison sociale est son nom. Enfin, il faut reconnaître que la plupart des arrêts que j'ai précédemment cités ont été rendus en matière de sociétés de commerce.

« Ces observations ne sont qu'ingénieuses.

« L'art. 69 du code de procédure et l'art. 529 du code civil ne sont ni assez précis ni assez énergiques pour l'emporter sur les textes dont je viens de donner l'indication.

« L'intention du législateur, de ne point limiter aux sociétés commerciales la disposition de l'article 529 du code civil, est clairement manifestée par les articles 8 et 32 de la loi du 21 avril 1810. Le dernier pose en principe que l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce, et le premier déclare que les actions, dans une société pour l'exploitation des mines, sont meubles, conformément à l'article 529 du code civil.

« Les formalités qui ont pour but de rendre publique l'existence des sociétés commerciales, ne changent rien à leur constitution ; elles les laissent telles qu'elles sont, d'après les principes généraux du droit.

« Les arrêts dans lesquels est consacrée la doctrine que les

tence de cette personne métaphysique est ce qu'on nomme, en jurisprudence, une fiction (1). L'être social considéré en dehors des associés est une abstraction, ingénieusement personnifiée et matérialisée par les jurisconsultes, pour faire mieux discerner les droits de chacun quand ils sont opposés, et pour les préciser dans une représentation en quelque sorte vivante, qui prévienne la confusion et les conflits. Cependant cette fiction doit être restreinte dans de justes bornes, et la dialectique qui la pousserait dans ses dernières conséquences, serait mauvaise. Ainsi, bien que, eu égard à certaines relations, il soit juridique de dire que la société est propriétaire des mises, toutefois il n'en est pas moins vrai que, sous d'autres rapports, on ne peut détacher l'actif social de l'idée d'une copropriété commune reposant sur la tête de tous les associés. La fiction du corps moral a beau se recommander par la raison et la force des choses; elle ne peut faire que, sous certains rapports, les associés ne se regardent pas comme étant en réalité propriétaires indivis des apports mis en commun (argument de l'art. 1832). *Quum etiam id quod commune est, nostrum esse dici queat*, disait Casaregis, dans des matières favorables, où il pensait qu'il ne fallait pas se tenir rigoureusement à la fiction commerciale (2). Je le répète, l'abdication de l'individualité des associés n'est pas absolue; elle n'est que relative; elle est limitée à certains effets; elle cesse avec les causes qui l'ont rendue nécessaire. On en verra un exemple au n° 139. C'est pourquoi, examinant, dans mon commentaire de la *Prescription* (n° 886), les conséquences du partage par rapport aux associés, et voulant fixer le caractère de la possession pendant la société, j'ai considéré les associés comme propriétaires, comme possédant *animo domini*. La possession est chose de fait; la fiction y doit céder la place à la vérité.

71. C'est par la même raison qu'il me semble qu'on doit se tenir en garde contre une opinion d'Emerigon un peu trop empreinte d'un esprit superstitieux pour la séparation de la société et des associés considérés *ut singuli*.

Je m'explique : suivant Emerigon, l'assurance pour le compte de la société est étrangère aux marchandises de l'un des associés; réciproquement, l'assurance pour compte de Pierre ne s'étend pas aux marchandises de la société dont Pierre fait partie (3). Mais cette opinion est-elle bien exacte? N'y a-t-il pas de fortes raisons de droit et d'équité qui doivent la tempérer dans la pratique? Valin rapporte une sentence de l'amirauté de Marseille, du 9 août 1754, qui déclara bonne et valable pour *Roland seul* une assurance de telles marchandises, chargées à bord de tel navire, prises pour *Roland et compagnie*. Cet individu s'étant trouvé seul intéressé aux marchandises chargées, on pensa, non sans une grande équité, qu'il n'y avait pas lieu de tenir l'assurance pour non avenue (4). Emerigon n'approuve pas ce jugement; il se renferme avec inflexibilité dans la règle qui fait de la société une personne distincte de l'associé; et, au moyen de cette fiction, il soutient qu'il n'y avait pas dans l'espèce de relation entre la police et le connaissement. Pour moi, j'incline plutôt vers l'opinion de Valin, et j'aurais probablement jugé comme l'amirauté marseillaise. Emerigon pousse à l'excès la logique de la distinction entre la société et les associés. Pourquoi ne dépouillerait-on pas ici une fiction qui n'est pas absolue (5)? Pourquoi ne préférerait-on pas le retour à la réalité conseillée par Casaregis dans ces sages paroles que j'ai déjà citées : « *Quum etiam id* « *quod commune est, nostrum esse dici queat?* » Le cas est favorable, la bonne foi y est évidente; de quoi d'ailleurs peuvent se plaindre les assureurs? N'ont-ils pas su que Roland avait un intérêt dans le chargement? Et qu'importe, après tout, que cet intérêt, qu'on avait cru d'abord commun à d'autres, soit, par le fait, seul et exclusif, et s'étende à toute la marchandise? Faudra-t-il spéculer sur une erreur excusable, pour annuler une assurance qui réunit, du reste, tous les éléments de vitalité? Les fictions sont bonnes, sans doute, pour éclairer une matière, pour classer et grouper les droits, pour les valider et les soutenir; elles ont à mes yeux moins de vertu pour les réduire au néant.

72. Mais après ces restrictions, nécessaires pour montrer les limites de la règle, hâtons-nous de rentrer dans son domaine et d'en signaler les principaux effets. Il y en a de considérables; il faut les examiner : dans les événements intérieurs et extérieurs qui affectent la société : dans les luttes des associés contre la société : dans les conflits des tiers avec les associés ou la société.

73. Sous le premier point de vue, nous avons dit au n° 62 qu'un associé n'est pas en droit de compenser avec la société dont il est débiteur ce qu'il doit à un coassocié. Inutile de revenir sur ce point incontestable (6).

74. Une société tombe en faillite : cette crise ne constitue pas de plein droit en état de faillite les associés considérés *ut singuli* (7).

C'est ce qui se voit tous les jours dans les sociétés en commandite. On le sait : le but de cette société

---

sociétés sont des personnes civiles, ont été rendus, cela est vrai, en matière commerciale; mais ce n'est point sur des textes du code de commerce qu'ils sont fondés; ce sont les dispositions du code civil qui y sont invoquées. On y établit qu'une société de commerce est un être moral, distinct et séparé des associés, non point en vertu et par application de la législation spéciale, mais bien parce que toute société se présente sous cet aspect, d'après les règles du droit commun.

« Enfin, les jurisconsultes italiens n'ont point présenté, comme une idée toute nouvelle et née des usages du commerce, le principe qu'une société est une personne civile; ils l'énoncent comme une vérité déjà connue, et ils la placent sous l'autorité des premiers commentateurs du droit romain. Voici notamment comme s'exprime Straccha : « *Societas est corpus mysticum* « *ex pluribus nominibus conflatum. Ut not. in rub. Inst. de* « *soc. et per Bal. Sal. et Doct. in l., ejus Cod. de comp.* »

(1) *Suprà*, n° 61, le passage de Favre; E. Persil, *Sociétés comm.*, n° 14; Championnière, t. III, n° 2743; Delamarre et Lepoitevin, *Traité du Contrat de commission*, t. I, n° 185. Ces auteurs disent à cette occasion d'excellentes choses sur les fictions juridiques, trop légèrement condamnées en général par Toullier, t. XI, n° 15. Ceux qui voudront s'instruire sur la nature et l'utilité des fictions liront avec fruit l'ouvrage de Duval, *Le droit dans ses maximes*, chap. XI, p. 79; Duval réfute avec force Toullier, et démontre que les fictions sont des *nécessités intellectuelles, des nécessités de langage, de législation, de doctrine.*

(2) *Junge* Valin, art. 3 de l'Ord. de la marine, p. 34, et les auteurs qu'il cite. Straccha dit aussi, en rendant compte de la décision 14 de la rote de Gênes : *Juxta regulam, quod commune est meum est* : n° 69; voyez mon Comm. de l'art. 1860.

(3) *Assurances*, t. I, p. 323 et 324. Pardessus suit cette opinion sans citer Emerigon, t. IV, n° 975.

(4) T. II, p. 34.

(5) *Infrà*, n° 139.

(6) *Infrà*, n° 526; Straccha, decis. 26 *rotæ Genuæ* nos 28, 29.

(7) Pardessus, t. IV, n° 976; Malpeyre et Jourdain, n° 29.

est de faire un appel aux capitaux civils pour les besoins du commerce. Or, les capitaux civils, pour être encouragés dans cette heureuse direction, doivent être rassurés sur les conséquences des engagements qu'ils contractent; et si ceux qui les fournissent n'avaient pas la certitude qu'ils resteront personnellement en dehors des sanctions rigoureuses du commerce, ils retireraient leurs fonds de ces opérations compromettantes. De là, la règle si favorable aux capitaux civils, d'après laquelle les associés commanditaires ne sont responsables que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis dans la société. Dans cet état de choses, il est évident que dès l'instant qu'un associé a versé sa mise, la chute de la société ne réagit pas sur lui. Au delà de son apport, il n'y a plus qu'une ruine qui n'affecte que le corps moral; les associés commanditaires restent saufs avec leur crédit personnel.

La cour royale de Bourges a même décidé, par arrêt du 2 août 1828 (1), que l'associé commanditaire qui s'est immiscé dans les affaires de la commandite, au mépris des art. 27 et 28 du code de commerce, n'est pas pour cela nécessairement englobé dans la faillite de la société (2). Sans doute, pour peine de son immixtion, il est tenu solidairement; ainsi le veut la loi. Mais cette peine ne doit pas recevoir d'aggravation arbitraire; ici la solidarité n'existe pas de plein droit; elle n'est que la conséquence souvent tardive de faits découverts à la longue et qui changent les rapports légaux des parties. Il suit de là que si la faillite de la société a été proclamée, c'est sans doute parce qu'on n'a pas fait entrer dans l'actif les ressources solidaires de l'associé convaincu *ex post facto* d'immixtion, mais originairement considéré comme simple commanditaire. Peut-être cette faillite n'aurait-elle pas éclaté si l'on avait eu son concours. Mais voilà que des circonstances révélées après coup démontrent qu'il doit subir un recours solidaire. Eh bien! cet événement ne suffira pas pour faire déclarer failli, de plein droit, un associé dont le sort n'était pas nécessairement lié à celui de la société. Cet associé ne sera donc déclaré failli qu'autant qu'après discussion il se trouvera, en réalité, dans des conditions personnelles qui permettent de prononcer une faillite.

75. Lorsque la société est en nom collectif et entraîne de plein droit la solidarité des associés, la question de savoir si la faillite de la société réfléchit de plein droit sur tous les associés pris individuellement, n'est pas aussi facile. Quoique les auteurs inclinent en général à distinguer dans ce cas, comme dans les cas précédents, les associés, de la société faillie (3), néanmoins la cour de Douai a décidé, par arrêt du 9 février 1825 (4), que la faillite de la société fait réputer chaque associé en état de faillite individuelle. En général, cet arrêt est l'expression d'un fait vrai. On a beau isoler la société de ses membres, il n'en est pas moins certain que ce sont les ressources des associés qui font les ressources de la société. Or, si la société a failli, n'est-ce pas parce que chaque associé s'est trouvé au-dessous des obligations qu'il avait contractées sous la foi d'une solidarité nécessaire? N'est-ce pas parce que les associés ont abandonné la société dont ils devaient soutenir les forces par le concours solidaire de tous leurs moyens?

Cependant, en y regardant de plus près, ce système n'est pas infaillible, et il y aurait du danger à l'ériger en règle absolue. En effet, un associé est absent quand les payements sont suspendus au siége de la société; bientôt il arrive, et, sur ses fonds personnels, il paye à bureau ouvert les dettes sociales, qui, par l'effet de la solidarité, sont aussi les siennes. Est-ce que cet homme est failli? et sera-t-il vrai de dire que la faillite de la société le constitue nécessairement en état de déconfiture commerciale? Il y a donc des cas où il vaut mieux s'en tenir à la prudente distinction entre la société et les associés, et ne pas étendre sans nécessité à ceux-ci un reflet des accidents sociaux qui pourrait gravement les compromettre.

76. Nous venons de voir la faillite du corps social passer sur la tête des associés sans affecter leur état.

Arrivons à un autre rapport. Supposons qu'une société, au lieu de périr, augmente son actif et qu'elle s'enrichisse d'un de ces démembrements de la propriété que la loi considère comme des biens distincts, quand ils ne reposent pas sur la même tête. Voyons ce que produira la fiction du corps moral quand le hasard attribuera l'un de ces démembrements à la société et l'autre à un associé.

Exemple: Un associé est investi de l'usufruit d'un immeuble. La société dont il fait partie achète cet immeuble. Cet événement amènera-t-il une confusion dans les droits de l'usufruitier? Non. La société qui s'est portée acquéreur est une tierce personne qu'il faut distinguer de l'associé usufruitier. L'usufruitier se soutiendra contre l'être moral, comme il se serait continué si un tiers eût acheté à la place de la société (5).

Il n'en serait pas de même s'il y avait communauté simple. La propriété achetée par les communistes étant directement acquise à chacun d'eux, pour sa part indivise dans le tout, l'usufruit s'éteint, par l'effet de la vente dans le rapport de la portion à laquelle l'usufruitier a droit à la propriété (6).

77. J'en ai dit assez des événements qui réagissent sur les rapports intérieurs de la société et des associés. Maintenant plaçons les tiers en face de la société et de ses membres. La fiction d'un corps moral va nous être encore d'un plus grand secours pour dégager les positions obscures et éclairer les volontés dont les parties ont été animées en contractant.

78. Quand on traite avec un individu isolé, on suit la garantie qu'offre son patrimoine; mais on ne saurait porter ses prétentions au delà de l'avoir dont il est investi. J'ai développé cette idée dans mon commentaire de l'art. 2093 du code civil (7). Or, s'il est vrai que la mise en société contienne une aliénation au profit d'un corps moral capable d'obliger les autres et de s'obliger lui-même, il s'ensuivra que ceux qui ont traité avec l'associé pris individuellement ont dû beaucoup moins compter sur la partie de son avoir engagée dans la société, que les créanciers qui ont suivi la foi de la société même. C'est pourquoi les créanciers de la société ont sur l'actif social un droit que ne peuvent leur disputer les créanciers personnels de chaque associé (8). « Creditores societatum merca-

(1) DALLOZ, XXIX, 2, 284; SIREY, XXX, 2, 41; *junge* PARDESSUS, t. IV, n° 1037; E. PERSIL, art. 28 du code de commerce, n° 3.

(2) *Infrà*, n° 438.

(3) PARDESSUS, t. IV, n° 976; MALPEYRE et JOURDAIN, n° 29.

(4) SIREY, XXVI, 2, 131; DALLOZ, XXV, 2, 195.

(5) PROUDHON, t. IV, n° 2065.

(6) Id., n° 2064.

(7) Mon comm. des *Hypothèques*, t. I.

(8) Grenoble, 1er juin 1831 (DALLOZ, XXXII, 2, 40); SCACCIA, § 6, glose 1re, n° 94; TOUBEAU, p. 101; FREMERY, page 32; PARDESSUS, n° 975; DUVERGIER, n° 405; DURANTON, t. XVII, n° 457.

« torum... in rebus et bonis societatum, præferuntur « quibuscunque aliis creditoribus sociorum singu- « lorum, etiam dotibus. » C'est la décision du statut de Gênes (1). Au surplus, je reviendrai plus tard sur ce point (2).

79. Mais ce qui est encore plus clair, c'est que le créancier d'un associé, qui est, en même temps, débiteur de la société, ne peut opposer à celle-ci la compensation (3). Réciproquement, l'associé débiteur personnel, pressé par les poursuites de son créancier, ne trouverait pas un moyen d'y échapper dans la compensation, dont il se prévaudrait du chef de la société (4).

80. Ceci nous conduit à cette vérité palpable, à savoir, que le créancier particulier d'un associé ne pourrait faire saisir les effets de la société sous prétexte que son débiteur y a une partie indivise. Il doit patienter jusqu'à la liquidation, et, en attendant, prendre des mesures conservatoires au moyen d'oppositions entre les mains de la société, ou d'arrêts sur les bénéfices à partager annuellement, etc. (5).

Il en serait autrement toutefois, si le capital social était divisé en actions cessibles. L'action est la propriété de l'associé; ses créanciers sont fondés à en provoquer la vente dans leur intérêt (6).

81. Resterait à examiner une question que sa gravité m'a fait réserver pour la dernière. Elle consiste à savoir si une femme, qui épouse un associé, a hypothèque sur les biens appartenant à la société dont il est membre. La cour royale de Toulouse (7) a été appelée à la décider dans l'espèce d'une société commerciale, et elle l'a résolue contre la femme. Mais comme l'éclaircissement de ce point exige quelques détails, je remets à le traiter dans le commentaire de la section qui traite des droits des créanciers à l'égard de la société (art. 1862, 1863, 1864) (8).

82. Tout ce que nous avons dit ci-dessus de la personnification de la société dans un corps moral distinct des associés, demeure sans application aux associations appelées *en participation*. Dans ces sortes d'associations auxquelles le code de commerce ne donne pas même le nom de *sociétés* (9), et qui ont toujours été distinctes des sociétés ordinaires, il n'y a ni être moral, ni patrimoine particulier. L'association en participation est dépourvue de siége, de nom, de publicité; elle reste secrète entre le gérant et l'associé participant, et elle a même ce caractère propre, distinctif, qu'elle ne se meut à l'égard des tiers que par un seul associé qui traite en son propre et privé nom et devient le débiteur direct de ceux avec qui il a contracté; de telle sorte qu'il est réputé propriétaire des objets sociaux dont il est saisi, et que les créanciers qu'il s'est donnés pour les affaires sociales sont sur un pied d'égalité avec ses créanciers personnels (10). Ainsi l'ont voulu les usages du commerce, si ingénieux à varier les combinaisons qui peuvent concourir à ses progrès; et ces usages, attestés par les anciens écrivains, ont été consacrés par deux arrêts de la cour de cassation des 2 juin 1834 (11), et 19 mars 1838 (12). Toutefois, avant ces deux arrêts, tous les esprits n'étaient pas imbus de l'idée que la participation ne forme pas un corps moral. Des arrêts de la cour royale de Paris avaient décidé le contraire (13). Une consultation de Pardessus et Merlin en date du 21 février 1831, approuvée par Malpeyre et Jourdain (14) et Persil fils (15), avait soutenu avec force la distinction du patrimoine social et la préférence des créanciers de la société sur les créanciers de l'associé. Mais la jurisprudence de la cour régulatrice, mieux instruite de la loi commerciale, a fait cesser ces divergences, et il est à ma connaissance que beaucoup de différends se sont terminés sur cette base désormais acceptée dans la pratique (16).

Art. 1833. Toute société doit avoir un objet licite, et être contractée dans l'intérêt commun des parties.

Chaque associé doit y apporter ou de l'argent, ou d'autres biens, ou son industrie (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 3. *Il est de son essence,*

1° *Que chaque associé apporte ou s'oblige d'apporter à la société quelque chose d'appréciable, soit de l'argent, soit toute autre espèce de bien, soit son industrie.*

2° *Que la société soit contractée pour l'intérêt commun des parties.*

3° *Qu'elles se proposent de faire un gain auquel chacune puisse espérer d'avoir part, à raison de ce qu'elle apporte dans la société.*

4° *Que l'objet de la société soit licite, et que le profit qui en est espéré soit honnête.*

---

(1) Liv. IV, chap. XII, n° 4; SCACCIA, § 6, glose 1re, n° 94; PARDESSUS, *Lois maritimes*, t. IV, p. 527 et suiv.

(2) Nos 859, 860.

(3) SCACCIA, *loc. cit.*; TOUBEAU, page 101; PARDESSUS, t. IV, n° 975.

(4) *Infrà*, n° 862.

(5) MALPEYRE et JOURDAIN, nos 30 et 31; PARDESSUS, t. IV, n° 976.

(6) *Ibid.*, *ibid.*

(7) Arrêt du 31 juillet 1820 (DALLOZ, *Hypothèque*, p. 143 et 144; SIREY, XXI, 2, 263; *Palais*, 1821, t. II; PERSIL, *Quest. sur les hypoth.*, t. I, p. 260.

(8) *Infrà*, nos 857 et suiv., et 860.

(9) Art. 47 et suiv.

(10) SAVARY, *Parfait nég.*, t. I, part. I, p. 368 et suiv.

(11) DALLOZ, XXXIV, 1, 202; SIREY, XXXIV, 1, 603).

(12) DALLOZ, XXXVIII, 1, 102.

(13) 26 juin 1824 (rapporté dans E. PERSIL, p. 231).—9 août 1831 (SIREY, XXXI, 2, 259; DALLOZ, XXXI, 2, 208) : cet arrêt a été cassé.—Autre du 22 novembre 1834 (SIREY, XXXV, 2, 69; DALLOZ, XXXV, 77).

(14) N° 416.

(15) Page 238.

(16) *Infrà*, nos 499, 500, 495, 864, j'ai traité plus à fond des véritables caractères de la société en participation.

Art. 4. ***Ce contrat peut se former entre tous ceux qui sont capables de contracter, ainsi qu'il est expliqué au titre des Conventions.***

Néanmoins les mineurs, étant réputés majeurs pour le fait du commerce dont ils font profession, peuvent contracter société relative à ce commerce, et ne sont point à cet égard admis à se restituer sous prétexte de minorité (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — **Art. 2. Conforme à l'art. 1833 (c).**

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — (Le 4e du projet.) On demande sur cet article, s'il faut pour que le mineur puisse former une société relative à son commerce, que déjà il soit en possession de cet état de commerçant, ou s'il peut commencer un commerce, étant mineur, par un acte de société.

TRIB. DE CAEN. — Art. 4 Cet article est une conséquence de l'art. 3, tit. IX, liv 1er; mais, par ce dernier article, le mineur n'est réputé majeur pour son commerce, que lorsqu'il est autorisé à le faire par un conseil de famille; disposition infiniment sage : il semble qu'il serait nécessaire de rappeler ici cette condition, sans laquelle le contrat ne peut être valide.

TRIB. DE GRENOBLE. — Art. 4. Au dernier alinéa de cet article, au lieu de ces mots, *admis à restituer*, il faut mettre, *admis à se faire restituer.*

TRIB. DE TOULOUSE. — Lire : *se faire restituer.*

(b) MOTIFS.

I. *Étendue du contrat. Ses limites. Comment, indépendamment des règles particulières qui lui sont propres, il est encore régi par celles des autres contrats.*

II. *Pourquoi ce contrat ne vaut que lorsqu'il est formé pour l'intérêt commun.*

III. *La promesse de protéger la société ne peut tenir lieu de mise.*

IV. *Sous quels rapports et comment le nom et la réputation peuvent faire partie de la mise sociale.*

Exposé de motifs. — I. TREILHARD, orateur du gouvernement : « Ce contrat peut avoir une infinité de causes particulières. On s'associe pour un achat, pour un échange, pour un louage, pour une entreprise, enfin pour toutes espèces d'affaires; des associés peuvent donc, en cette qualité, être soumis à toutes les règles des différents contrats, suivant les motifs qui les ont réunis.

« Tel est le caractère distinctif du contrat de société. Les autres contrats ont des engagements bornés, et réglés par leur nature particulière; mais le contrat de société a une étendue bien plus vaste, puisqu'il peut embrasser dans son objet tous les engagements et toutes les conventions.

« Tout ce qui est licite est de son domaine; il ne trouve de limite que dans une prohibition expresse de la loi. Ainsi, on ne peut s'associer ni pour un commerce de contrebande, ni pour exercer des vols, ni pour tenir un mauvais lieu, ni pour des manœuvres qui tendraient à faire hausser le prix d'une denrée, ni enfin pour aucun fait réprouvé par la loi ou par les bonnes mœurs.

« Mais tout ce qui ne se trouve pas frappé de cette prohibition peut être l'objet du contrat de société.

« Les parties sont libres d'insérer dans leurs traités toutes les clauses qu'elles jugent convenables; rien de ce qui est honnête et permis ne doit être exclu. »

Rapport. — BOUTTEVILLE : « Toute société, dit l'article 2 (1833 du code), doit avoir un objet licite, et être contractée pour l'intérêt commun des parties.

« Ces développements ne sont rien moins qu'oiseux; ils renferment les caractères essentiels de la société, ce qu'elle exige de bonne foi, de moralité, et ce qu'elle offre de plus digne de l'attention du législateur. »

GILLET, orateur du tribunat : « D'abord, c'est un contrat; ainsi elle reçoit l'application de tous les principes qui règlent les effets communs à cette sorte d'engagement, et c'est pour cela, entre autres conditions, qu'elle doit toujours avoir un objet licite. »

II. TREILHARD, orateur du gouvernement : « Ce contrat est de droit naturel; il se forme et se gouverne par les seules règles de ce droit; il doit surtout reposer sur la bonne foi; sans doute elle est nécessaire dans tous les contrats, mais elle est plus expressément encore requise dans les contrats de société; elle devrait être excessive, s'il est permis de le dire, et s'il pouvait y avoir des excès dans la bonne foi.

« Si la société n'était formée que pour l'intérêt d'un seul, la bonne foi ne serait-elle pas étrangement violée? Il faut donc l'unir pour l'intérêt commun des parties qui contractent; c'est là la première, la règle fondamentale de toute société. Il est contre la nature qu'une société de plusieurs, de quelque espèce qu'on la suppose, se forme pour l'intérêt particulier, pour le seul intérêt d'une des parties. On n'a pas pu marquer plus fortement les vices d'une pareille société, qu'en la qualifiant de *léonine* : c'est d'une part la force, de l'autre la faiblesse. Il ne peut y avoir entre elles aucun traité, parce qu'il ne peut exister ni liberté ni consentement; or, la société est un contrat consensuel, et la loi ne peut voir de consentement véritable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit, et dont l'intérêt commun des parties ne serait pas la base.

« Tel est l'esprit de quelques dispositions générales contenues dans le premier chapitre du projet. »

III. TREILHARD, orateur du gouvernement : « La mise de chaque associé peut être différente; l'un peut apporter de l'argent comptant, un autre une maison, un troisième son industrie, et ce n'est peut-être pas celui dont la mise sera la moins utile. Mais il faut toujours de la réalité dans cette mise; si elle n'était qu'illusoire et en paroles, la convention serait en effet *léonine*.

« Elle est contraire à l'honnêteté et aux bonnes mœurs, quand la mise ne consiste que dans une promesse de crédit, vaine le plus souvent, mais toujours coupable quand elle est payée; loin de nous ces vils intrigants qui, vendant leurs manœuvres et leur protection, trompent également et l'autorité dont ils surprennent la confiance, et l'honnête homme qui compte sur eux. »

GILLET, orateur du tribunat : « Une autre limite sagement posée par le projet, c'est de n'avoir admis au nombre des choses qui entrent dans la société que les biens ou l'industrie : *operam, pecuniam*.

« Les Romains y reconnaissaient une troisième sorte de mise, le crédit et la faveur, *gratiam*. Le législateur ne saurait écrire ces mots sans honte que dans les États corrompus, où l'on trafique de tout, même de la puissance publique. »

(c) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

L'art. 2 est discuté.

PELET dit qu'on peut apporter dans la société son nom et sa réputation, lesquels doivent aussi être considérés comme une mise.

TREILHARD dit que la réputation étant le résultat de l'industrie, ce ne serait rien mettre dans la société que de n'y apporter que son nom, si l'industrie ne l'a rendu recommandable.

BERLIER ajoute que, d'ailleurs, l'espèce de mise dont on parle ne s'applique qu'aux sociétés de commerce, dont toutes les règles sont spécialement et exceptionnellement maintenues par plusieurs dispositions du titre que l'on discute.

Au surplus, et en thèse générale, un nom isolé de tout acte de la personne est une chose fort abstraite, au lieu que l'industrie est une chose positive à laquelle il convient de s'arrêter.

L'article est adopté (séance du 14 nivôse an XII).

SOURCES.

DIG. Lib. XVIII, tit. 1, leg. 35, § 2. — Lib. XXVII, tit. III, leg. 1, § 14 *in fine.* — Lib. XLVI, tit. 1, leg. 70, § *ult.* — Lib. XXIV, tit. 1, arg. leg. 32 § 24. — *Pro socio,* leg. 5, § 3; leg. 5, § 1; leg. 29, §§ 1 et 2; leg. 53 et 57; leg. 30; leg. 1, et leg. 5, § 1. — DOMAT. *Lois civiles,* liv. 1, tit. VIII, sect. 1, no 11. — POTHIER. *Société,* nos 8 à 11, et 14.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1705. Conf. à l'art. 1833, C. F.
Sardaigne. — 1836. Id.
Haïti. — 1602. Id.
Hollande. — 1656. Id.
Canton de Vaud. — 1317. Id.
Louisiane. — 2780. Conf. à l'art. 1833, code français, 2e §. (Il est ajouté *crédit* comme apport social.)

2781. Par *crédit* on entend la réputation de solvabilité ainsi que les qualités propres à contribuer à la prospérité de la société.

2782 à 2784. Lorsque la part de chaque associé n'est pas fixée, soit pour les bénéfices ou pour les pertes, la loi y pourvoit.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

83. L'art. 1833 se divise en trois branches principales ; il traite :

1° De l'objet de la société, qui doit être licite (1);
2° De son but, qui est l'intérêt commun des parties.
3° Des mises sociales. L'art. 1832 trouve ici son complément et sa fin.

Mon commentaire suivra cette division.

84. Et d'abord, traitons de l'objet de la société. La société peut embrasser toutes les opérations de l'activité humaine qui ont pour but de procurer un gain (2); opérations industrielles et civiles; commerce de terre et de mer; invention des arts, découvertes de l'esprit; rien de ce qui peut être fécondé par les capitaux et le travail n'échappe à l'admirable puissance de l'association.

85. Une seule condition restreint cette latitude, c'est que l'objet de la société soit licite et honnête. Car les hommes ne peuvent s'unir pour mal faire, et il n'y a pas d'obligation valable pour commettre des injustices. Les jurisconsultes romains, qui firent toujours les plus grands efforts pour faire pénétrer dans les lois la morale et la philosophie, ont insisté sur cette idée, fondamentale dans la société comme dans les autres contrats (3). Voici ce que disait Ulpien, en citant des opinions plus anciennes, et en employant un luxe de répétitions, dont la redondance ne doit être attribuée qu'à l'énergie de la conviction : « Nec « prætermittendum esse, Pomponius ait; ita demum « hoc esse verum , si *honestæ et licitæ rei societas* « *coita sit : cæterum si maleficii societas coita sit,* « constat *nullam esse societatem;* generaliter enim « traditur rerum inhonestarum *nullam esse societa-* « *tem* (4). » Et ailleurs : *Delictorum turpis et fœda communio est* (5).

(1) *Infrà*, n° 202, je reviens sur ce qu'on doit entendre par objet de la société.
(2) Ulpien, l. 5, D. *Pro socio*.
(3) Favre, sur la loi 57, D. *Pro socio*.
(4) L. 57, D. *Pro socio*.
(5) L. 53, D. *Pro socio*.
Add. Op. conf. de Proudhon, *Dom. public*, n° 10.

86. Ainsi, il faudrait refuser tout effet légal à une société formée pour exercer l'usure (1) et la contrebande (2), pour faire la traite des noirs, pour tenir un lieu de prostitution, pour voler (3), pour exploiter la vente d'un remède secret (4), pour empêcher la concurrence des acheteurs dans les adjudications (5), etc., etc.

Il y a eu des époques malheureuses, où la force gouvernait les hommes et où les sociétés de brigandages étaient presque l'état habituel de certains peuples (6). Aujourd'hui même, malgré les progrès de la civilisation, des hommes se rencontrent qui, ayant déclaré la guerre à la société, vont chercher dans l'association même et dans une organisation hiérarchique (ces bases de tout ordre social) (7) les moyens de soutenir leur révolte insensée. Je lis dans les journaux que l'on a saisi à la pointe nord de l'île de Chandeleur dans le golfe du Mexique, et tout près de l'embouchure du Mississipi, une goëlette appartenant à une société de pirates formée par *des enfants de la nature* contre ceux qui possèdent une *surabondance de biens qui appartiennent à tous*. On a trouvé à bord la constitution de cette société qui se déclare *en guerre à mort* avec le monde entier. La peine capitale y est écrite pour sanction de toutes les obligations imposées à chacun de ses membres par cette sanguinaire et odieuse association (8). A proprement parler, le nom de société ne convient pas à de telles réunions. C'est celui de conjuration qu'il faut leur donner; et l'on peut dire avec Cicéron : « Nec societates tales « sunt, sed conjurationes putandæ sunt (9). »

87. Heureusement de si téméraires entreprises sont rares. Mais dans les replis d'une civilisation avancée, qui a ses plaies et ses misères, d'autres spéculations, également inspirées par de mauvaises passions, se glissent avec adresse, spéculant sur la crédulité, et convoitant par la ruse ce qu'elles n'osent conquérir par la force. Tantôt la fraude vient astucieusement prendre sa part dans des sociétés constituées pour un objet légitime; tantôt elle organise des sociétés illicites pour des opérations que la loi n'approuve pas; ici ce sont des fonctionnaires qui pour prix d'un service rendu par leur credit à une entreprise industrielle, se font donner une part dans le capital social (10); là, ce sont des chefs de service, qui en autorisant une création utile au bien public, reçoivent des actions dans la société qui s'est organisée pour la faire marcher (11); ailleurs ce sont de rusés intermédiaires, puissants par l'intrigue dans le monde des faveurs, qui apportent pour mise sociale leur crédit auprès d'un ministre, dont ils surprendront la signature et tromperont la bonne foi. Parlerai-je de ces hommes qui prêtent leur nom et leur réputation à des sociétés aventureuses, surprenant ainsi la confiance des tiers, qui croient s'appuyer sur leur collaboration, leur surveillance, leur habileté (12), et ne rencontrent qu'une vaine apparence? Et ces hardis spéculateurs qui créent des millions imaginaires à partager entre les dupes; ces charlatans qui mettent en société pour des sommes énormes des objets qu'ils n'auraient pu vendre à aucun prix; tous ces fripons que nous avons vus exploiter les petits capitalistes, en leur offrant l'appât de gros dividendes dans un fonds social fabuleux, ne sont-ce pas aussi d'hypocrites plagiaires des *enfants de la nature?*

88. Puis viennent les associations qui mettent en exploitation ce que la loi déclare inexploitable et qui se font une richesse mal acquise de certains biens que la morale publique exclut du domaine privé. Ce trafic paraît au vulgaire moins condamnable que la corruption des consciences, parce qu'il est moins grossier et moins cynique. Il blesse cependant à un haut degré les principes de la délicatesse et de l'honneur.

Legrand rapporte, d'après Mornac, un arrêt du parlement de Paris, du 8 février 1612, qui défendit une société faite entre les notaires de Beauvais pour mettre en commun les gains et émoluments de leurs actes (13). Cela ressemblait trop à une entreprise mercantile. Le même auteur nous apprend que dans le bailliage de Troyes les sergents s'associaient deux à deux, l'un exécutant comme sergent, l'autre servant de recors. Ces sociétés contraires à l'ordre public furent sévérement défendues par sentence du 22 mai 1690 (14).

J'ai eu connaissance de sociétés formées entre un certain nombre de personnes pour l'exploitation de plusieurs offices appartenant à une seule d'entre elles ; par exemple, Pierre se fait nommer à un office de no-

---

(1) **Add.** Op. conf. de DURANTON, n° 327; de DALLOZ, ch. I, sect. I, n° 7; de BOILEUX; de DUVERGIER, n° 24, où il dit : « L'ouvrage intitulé : *Conférences ecclésiastiques sur l'usure* (t. II, p. 10) s'attache à montrer le vice de pareilles conventions dans les termes suivants : « Voici les règles qui rendent les con« trats de société justes et licites. La première, dit Sylvius, est « qu'on ne peut faire de société que d'une affaire honnête et « licite; toute société contraire à cette règle serait criminelle, « et, par conséquent, de nulle valeur. La raison en est très« claire, c'est que la société ne peut pas subsister pour les choses « défendues et mauvaises, parce qu'elles ne peuvent pas unir ni « lier les associés. Personne ne peut ni ne doit s'obliger de faire « le mal, ni de commettre des injustices, de sorte que s'il se « rencontrait que des personnes se fussent associées pour des « choses semblables, ce ne serait pas une société véritable, mais « ce serait un brigandage défendu par les lois. »

MALPEYRE et JOURDAIN ajoutent à ces exemples, n° 27 2° : « Les sociétés non autorisées par le gouvernement et ayant pour objet de fournir des remplaçants aux jeunes gens appelés par la loi au service militaire, parce qu'on les considère à juste titre comme des spéculations immorales, en ce qu'elles se rattachent à un commerce d'hommes et peuvent nuire à la considération et à la composition des armées. »

FAVARD, *Société*, p. 216, dit aussi : « Serait frappée de nullité, par exemple, une société qui aurait été formée pour l'exercice d'un commerce prohibé, parce que son objet serait contraire aux lois prohibitives de ce commerce. »

Jurisprudence. — Le droit d'enchérir à une adjudication, ne peut être l'objet d'une association licite (30 septembre 1841, cass. DALLOZ, XLII, 1, 88).

(2) Cass., req., 25 avril 1835 (DALLOZ, XXXV, 1, 404); Paris, 18 février 1837 (DALLOZ, XXXVIII, 2, 173).

(3) CICÉRON, *Offices*, lib. II, cap. XI; POTHIER, n° 14; VOET, *Pro socio*, n° 7.

(4) Paris, 15 février 1838 (DALLOZ, XXXVIII, 2, 173).

(5) Cass., req., 23 avril 1834 (DALLOZ, XXXIV, 1, 238).

(6) BODIN, 40, 3, chap. VII, cite des exemples.

(7) CICÉRON, en effet, dans ses recherches sur la justice, a remarqué qu'on la trouve jusque dans les sociétés de pirates et de voleurs, lesquels sont forcés de reconnaître une loi d'égalité (*Offices*, lib. II, cap. XI); puis il ajoute : « Cum igitur tanta vis « justitiæ sit, ut ea etiam latronum opes firmet atque augeat, « quantum ejus vim in constitutâ republicâ fore putamus? »

(8) *Gazette des tribunaux*, et *Journal des Débats*, du 14 juillet 1841 ; extrait d'un journal américain.

(9) *Pro* Plancio.

(10) POTHIER, n° 10; *infrà*, n° 114.

(11) Art. 177 et suiv. du code pénal.

(12) *Infrà*, n° 114.

(13) Sur Troyes, tit. VI, art. 101, glose 1re, n° 17.

(14) Id., n° 21.

taire; voulant cumuler cette fonction avec celle d'avoué, il achète ce second office par Jacques, son affidé, son prête-nom, qui le gère ostensiblement, mais qui n'est en réalité qu'un coassocié à la simple gestion, placé dans une position secondaire et subordonnée. Il n'y a pas de raison pour que ce même Pierre ne pût être en même temps le commissaire-priseur, l'huissier de sa ville; que dis-je? qu'il ne concentrât sur sa tête toutes les charges que la loi du 28 avril 1816 a rendues vénales. Il lui suffirait de quelques traités clandestins de société!... Et par là il tiendrait dans sa dépendance et soumettrait à une véritable exploitation toutes les classes de citoyens qui ont besoin des divers officiers ministériels!...

Pendant que je remplissais les fonctions de président de chambre à la cour royale de Nancy, j'ai vu un commerce à peu près semblable, soumis au jugement des magistrats. Le traité qui avait organisé cette industrie fut produit par les parties avec un abandon qui témoignait combien elles en comprenaient peu l'improbité.

Voici les faits de cette affaire curieuse. Par un traité en date du 4 mars 1831, J. B. C***, avoué à Saint-D***, et propriétaire d'un autre office d'avoué à M***, cède fictivement à F. C*** le traité relatif à ce dernier office. Il est convenu que F. C*** se fera présenter et agréer lorsque cela conviendra à J. B. C***, qu'il fera et signera tous les actes; mais qu'il devra compte de la recette et de la dépense; que J. B. C*** fournira à F. C*** un traitement annuel, un logement, qu'il payera les clercs et donnera le cautionnement, de telle sorte que F. C*** ne supportera aucuns frais.

Ce traité n'était pas une société proprement dite, F. C*** n'étant que le mandataire de J. B. C***. Mais, sous un certain point de vue, il y avait une sorte d'association pour un trafic d'affaires, en vue duquel F. C*** avait donné sa démission de deux emplois, avait fait des voyages coûteux, etc.

Par des raisons inutiles à signaler ici, le traité du 4 mars 1841 ne put sortir à effet. F. C***, qui avait éprouvé un grave préjudice par la perte de ses deux places et par les dépenses que ses déplacements lui avaient occasionnées, actionna J. B. C***, en indemnité et produisit à l'appui de ses prétentions le traité du 4 mars 1841. Mais la cour royale de Nancy ne crut pas devoir consacrer cette prétention qui lui parut contraire à la loi (1).

« Considérant que ce contrat repose sur des causes illicites et est contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public; que d'une part F. C*** consentait à transformer sa nomination en un titre sans vérité, et à substituer au caractère honorable d'un officier revêtu de la confiance publique le caractère privé d'un commis à gages; qu'il s'engageait à signer comme prête-nom les actes de son ministère et à violer par conséquent les règlements qui protègent la dignité de la profession d'avoué, et notamment le décret du 6 juillet 1810, lequel veut que ces officiers ne se prêtent à aucune fiction au profit de tiers dépourvus de qualité légale, et qu'ils exercent la postulation d'une manière loyale, sans déguisement et sans connivence.

« Que d'un autre côté J. B. C***, en voulant tout à la fois conserver son étude d'avoué à Saint-D*** et se maintenir pendant plusieurs années à l'aide d'un prête-nom dans celle d'avoué à M***, s'écartait bien plus encore des principes de délicatesse particuliers à toutes les professions qui concourent à l'administration de la justice; que s'il était permis de cumuler sur une même tête deux ou plusieurs offices d'avoué, la gestion de ces officiers ministériels ne serait plus qu'une exploitation mercantile et dégénérerait en spéculations pécuniaires, qui de tout temps ont été incompatibles avec une profession d'où le législateur a entendu exclure tout ce qui peut attiser l'esprit de lucre et de chicane; que d'après les dispositions du décret du 14 décembre 1810, il est interdit aux avocats de faire aucun négoce; que, par identité de raison, cette prohibition doit s'étendre aux avoués qui partagent avec eux la défense des clients; qu'ainsi le contrat du 4 mars 1831, contenant entre F. C*** et J. B. C*** une association pour un trafic d'affaires, est sous ce second rapport nul d'une nullité absolue, et doit être repoussé d'après l'art. 1131 du code civil.

« Considérant que dans cet état de choses, ce contrat ne peut pas plus profiter à F. C*** qu'il ne pourrait profiter à J. B. C***, que la cour devrait même d'office en prononcer la nullité; qu'elle le doit à plus forte raison lorsque l'une des parties se refuse à accomplir les obligations qu'il impose.

« Qu'il suit de là que la demande de F. C***, basée tout entière sur l'exécution de ce contrat (dont la production a été un sujet d'étonnement pénible pour la cour), doit être écartée; et que c'est en vain qu'on soutiendrait que les dommages et intérêts sollicités par F. C*** se rattachent à des causes étrangères audit contrat; qu'il est évident que ses déplacements, ses voyages, ses démissions des deux places qu'il avait à L***, n'ont été que la suite directe, l'exécution nécessaire des conventions dont il vient d'être question; que, quelque réelles que soient ces pertes, quelque fâcheuses qu'elles soient dans sa position, F. C*** ne saurait avoir action en justice pour en obtenir réparation; que ce n'est qu'une dette naturelle que la bonne foi et l'honneur porteront sans doute J. B. C*** à acquitter, sans qu'aucune loi autre que celle de la conscience lui en fasse un devoir extérieur.

« Par ces motifs,

« Déclare le contrat du 4 mars 1831 contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public, et par conséquent nul et de nul effet; en conséquence, etc., etc. »

89. Cet arrêt ne roule pas précisément sur la question de savoir si une société formée pour la gestion d'un office est illicite; mais il y touche; et c'est pour moi une occasion de l'examiner.

Autrefois, et d'après les docteurs italiens, la société pour un office, loin d'être défendue, était ouvertement permise en cour de Rome (2); le cardinal de Luca la caractérise ainsi (3) : « Cùm multi adsint viri periti et « industrii, et ad officia exercenda nimium habiles, « pecunia tamen ad eorum acquisitionem necessaria « carentes, hinc proinde introducta fuit hæc species « societatis, per quam dator pecuniæ proportionabi- « liter, et pro rata, participat de officii emolumentis, « atque cum eadem proportione subjacet periculo, « tam in sorte quam in emolumentis, ad instar illius « societatis, inter solitæ, super aliqua negotiatione, in « qua unus ponat pecuniam, alter vero operam seu « industriam. »

Ainsi voilà le point de vue de cette jurisprudence. Un homme est capable et habile. Mais il n'a pas l'argent nécessaire pour acheter l'office. Que fera-t-il? Il s'associera avec un capitaliste qui lui donnera les fonds, et partagera avec lui les gains et les pertes. Ce sera une société pareille à celle qu'on forme journellement pour toute affaire, toute négociation quelconque, et dans laquelle l'un fournit son argent, l'autre

(1) Arrêt du 26 mars 1831.

(2) Felicius, *de societate*, cap. XXXIV, n° 9, 10; Casaregis et Bocaccius en ont traité.

(3) *De societate officior.*, disc. 12, n° 7.

son industrie ou son travail. C'est l'office transformé en chose susceptible de commerce. Le cardinal de Luca nous apprend ensuite que pour se prémunir contre les fraudes du titulaire, qui aurait dissimulé ses gains, les bailleurs de fonds étaient dans l'usage de stipuler une quote-part de bénéfices à forfait.

Quoi qu'en ait dit Zazius (1), l'Italie n'était pas le seul pays où les offices étaient considérés comme pouvant être mis en société. La vénalité des offices n'est que trop célèbre dans notre histoire, et la France avait rivalisé avec le génie italien dans cette mauvaise voie. Voici ce qu'en dit Loyseau (2) : « L'office de soi « ne peut être à plusieurs, ni quant *à la qualité de* « l'officier, ni quant à la *parfaite seigneurie de l'of-* « *fice, qui gît en la provision*. Mais l'office appartenant au pourvu seul, *on s'y peut associer avec lui* « *à telle condition*, que le prix d'achat sera payé en « commun, et aussi les émoluments, et par con- « séquent *l'augmentation et diminution d'icelui*, « bref, la seigneurie imparfaite de l'office tirée du « titre et de l'exercice ; en un mot ce que j'ai appelé « droit en l'office *demeurera commun* entre eux. »

Ailleurs le même auteur ajoute :

« Pareillement il arrive quelquefois entre les prin- « cipaux financiers que pour plusieurs considéra- « tions, *qu'entendent mieux ceux qui sont de leur* « *cabale*, ils font pourvoir leurs parents, leurs com- « mis, ou autres confidents, à certains offices qui « leur appartiennent, desquels ils prennent leur assu- « rance, ce qui sera doresenavant plus fréquent que « jamais à cause de la paulette. Comme, par exemple, « il échet souvent *que deux personnes s'associent* « *pour acheter en commun un office de valeur*, à certai- « nes conditions, dont ils s'accordent ensemble (3). »

90. Aujourd'hui que la loi du 28 avril 1816 a fait entrer dans le commerce le droit de présentation à certains offices, il s'est répandu une opinion qui tend à constituer les offices en une sorte de propriété véritable, et à rétablir au profit des titulaires tous les priviléges de l'ancienne vénalité. On a donc soutenu que désormais les sociétés sont tout aussi permises qu'autrefois pour l'exploitation des offices dont il s'agit (4). Où sont, a-t-on demandé, les lois qui les défendent ? Tout ce que la loi n'interdit pas n'est-il pas permis ? Bien entendu qu'aujourd'hui, comme du temps de Loyseau, la qualité de l'officier ne se communique pas ; bien entendu que le titulaire reste toujours seul responsable envers le public et envers ses chefs ; que c'est lui qui gère, qui signe, qui donne son nom et sa garantie, de même que s'il n'avait pas d'associés ; que ceux-ci ne peuvent pas s'ingérer dans l'exercice extérieur de la fonction qui est toute personnelle ; qu'ils sont liés par ses actes officiels. Mais ceci accordé, n'est-il pas évident que, pour ce qui est de la finance et des émoluments, une société n'a rien d'incompatible avec les principes du droit civil ? Quand le titulaire décède, le droit de présentation tombe dans sa succession et devient commun à tous ses héritiers. Pourquoi ce qui peut faire l'objet d'une communauté accidentelle ne servirait-il pas de base à une société volontaire ? Parlera-t-on du secret exigé dans certaines professions ? Mais est-ce donc qu'un notaire, un avoué, un agent de change, ne sont pas obligés d'employer des clercs et des commis dont ils répondent ? Et quels collaborateurs plus zélés, plus dévoués, plus sûrs, pourront-ils espérer, que ceux qui ont un intérêt dans l'exploitation et participent à ses produits ? Au surplus, ajoute-t-on, les sociétés pour les offices d'agent de change se pratiquent publiquement à Paris ; des capitaux considérables y sont engagés ; elles sont autorisées tous les jours par la chambre syndicale, qui les qualifie même, dans son règlement, de sociétés commerciales. Elles facilitent l'accès des charges aux jeunes gens sans fortune, mais laborieux. Elles sont aussi avantageuses au point de vue économique, qu'exemptes de tout vice d'illégalité.

Ces raisons sont spécieuses. Sont-elles satisfaisantes ? J'avoue que j'ai de la peine à m'en contenter. Mais pour mieux en démontrer l'insuffisance, il faut dégager la question de quelques complications inutiles, pour la ramener aux termes les plus précis.

91. Et d'abord, je ne dirai pas, avec un auteur (5), qu'une société pour un office ne se prête pas à la possibilité d'une chose mise en commun. Car cette proposition s'éloignerait trop de la vérité et de l'évidence. Sans doute ce ne sera pas la qualité de l'officier qui sera apportée dans le fonds social ; ce ne sera pas non plus la propriété de l'office ; tout ce que Loyseau disait à cet égard sous l'empire de l'ancien droit sera encore plus vrai aujourd'hui. Mais ce sera la valeur vénale qui s'attache au droit de présentation ; valeur qui est dans le commerce, ainsi que Duvergier l'enseigne lui-même dans son traité de *la Vente* (6) ; valeur qui passe dans la succession du titulaire et peut être réalisée, soit par ses héritiers, soit par ses ayants cause (7), au moyen d'une vente faite à un successeur

---

(1) Sur le titre *Pro socio*, n° 18 *in fine*, et l'annotateur de Felicius, cap. XXXIV *in fine*.

(2) *Offic.*, liv. III, chap. IX, n° 34.

(3) Liv. III, chap. X, n°s 10 et 11.

Add. Duvergier, n° 59, indique cependant une différence : « Sous l'ancien régime, dit-il, l'origine des offices justifiait ou du moins expliquait leur vénalité. Ils avaient été concédés moyennant finance ; ils avaient été vendus par les dépositaires de la puissance publique à ceux qui les premiers en avaient été investis ; c'était une raison pour permettre à ceux-ci de les vendre à leur tour. « Toute vente, dit Loyseau, induit aliénation, et « attribue à l'acheteur la propriété de la chose vendue ; et c'est « un droit des gens et une loi du commerce de pouvoir revendre « ce qu'on a acheté ; comme donc en France nous avons esté les « inventeurs de vendre les offices (au moins de pure vente, ainsi « qu'il sera dit en son lieu), aussi avons-nous pratiqué les pre- « miers que ceux qui les avaient achetés les pouvaient re- « vendre. »

« D'ailleurs, la finance était présentée comme l'objet du contrat ; car on n'a jamais admis en principe que ceux qui étaient revêtus de fonctions publiques pussent les conférer à d'autres par l'effet de leur volonté. Loyseau, après avoir établi, comme on vient de le voir, que les titulaires avaient le droit de vendre leurs offices, ajoute : « Non, toutefois, en telle sorte que, de leur « propre autorité, ils les puissent transférer aux acheteurs, mais « seulement les résigner en leur faveur ; c'est-à-dire, les remet- « tre au collateur, à telle condition qu'il est tenu de les conférer « à eux et non à autre, et qu'il ne peut refuser d'admettre cette « résignation. »

(4) Dard, *Traité des offices*, p. 328 et suiv. ; Mollot, *Bourses de comm.*, n° 281 ; Bioche, *Dict. de procéd.*, v° *Office*, n° 18 ; Fremery (journal *le Droit*, numéros des 2 et 7 février 1838) ; Horson (*Gazette des tribunaux*, 16 octobre 1834).

En sens contraire, Duvergier, n°s 59 et suiv. ; Rolland de Villargues, *Jurisprud. du notariat*, 1838 ; note de Devilleneuve (Sirey, XXXVIII, 2, 83) ; décision du garde des sceaux, du 3 février 1837, portant : « Attendu qu'il est contraire à la « considération, à l'indépendance, à la moralité du notariat, que « cette profession *soit exercée par association*. » (Sir., XXXVIII, 2, 48.)

(5) Duvergier, n°s 59 et suiv.

(6) N° 208 ; Toullier, t. XII, n° 112.

(7) Art. 91 de la loi du 28 avril 1816.

que ceux-ci présentent à l'agrément du roi; valeur, par conséquent, qui forme un bien susceptible d'aliénation et de nature à faire l'objet d'un apport social. Suivant Duvergier, le droit de présentation ne saurait entrer dans le fonds social, parce qu'il est attaché à la personne du titulaire et que nul ne peut l'en dépouiller ou le contraindre à l'exercer; parce que, retranché dans son titre, le fonctionnaire pourra se jouer de ses associés; que ceux-ci seront sans moyen de le ramener aux conventions stipulées; qu'ils seront impuissants pour le forcer à abandonner ses fonctions, pour demander la dissolution, pour le dessaisir de la chose commune. Mais ce que je crains, moi, ce n'est pas que les associés soient enchaînés par le fonctionnaire, c'est, au contraire, que le fonctionnaire soit dominé par ses associés : du reste, j'accorde qu'on n'aura pas d'action contre lui pour le forcer à se démettre; j'accorde qu'il ne sera pas précisément obligé de donner sa démission alors même qu'il l'a promise (1), et je crois que la cour d'Agen a bien fait de le décider ainsi (2), contre un arrêt de la cour de Bordeaux du 7 mai 1834 (3). Le fonctionnaire, donc, qui a vendu son office et ne veut cependant pas donner la démission qui est le complément de sa promesse, gardera sa place, sauf à payer à celui qu'il a trompé des dommages et intérêts, qui ne seront pas toujours arbitrés avec parcimonie (4). Mais quel argument à tirer de tout cela contre la possibilité de mettre en société la finance d'un office? Quand on s'associe à un notaire, à un agent de change, à un avoué, etc., etc., ne peut-on pas s'en rapporter à lui pour tous les actes qu'il fera dans sa qualité; convenir qu'on approuve d'avance sa conduite publique; renoncer à le rendre justiciable d'une autorité autre que celle de ses chefs ou de sa corporation? S'il prévarique, il y a des juges qui feront respecter la loi; c'est en eux que sera la sanction dont manque l'association. Quant aux conventions privées et au respect qui leur est dû, il est vrai que la destitution du fonctionnaire ne pourra pas être demandée comme peine d'un manquement sérieux; il est vrai qu'on ne traitera pas l'officier comme l'agent révocable d'une compagnie anonyme, ou un commis intéressé; mais n'y a-t-il pas des actions possibles en dommages-intérêts? Ne peut-on pas évaluer la charge, et, sans la vendre ni la liciter, obliger l'associé fonctionnaire à tenir compte de sa valeur (5)? Si, par exemple, Pierre, agent de change, s'est associé avec François, bailleur de fonds, pour exploiter une charge de 300,000 fr. dont François aura fourni la moitié, et que Pierre se rende coupable de dissimulation dans les recettes, qui empêche François de demander la dissolution et de baser le partage sur la valeur actuelle de la charge, estimée à dire d'experts?

Voilà, si je ne me trompe, ce que pourraient répondre les partisans de la légalité de la société, et je ne pense pas que leurs raisons soient dépourvues de solidité!

92. Ce n'est donc pas dans l'argumentation de Duvergier que sont les motifs déterminants de l'opinion que soutient la nullité. On ne les trouve que dans la saine interprétation de la loi du 28 avril 1816, renfermée dans son texte et éclairée par les règles de la discipline, par les devoirs spéciaux des officiers, par les abus qui surgissent du commerce appliqué aux fonctions publiques (6).

93. Les fonctions de notaire, avoué, huissier, agent de change, etc., etc., sont une délégation de la puissance publique; elles doivent être exercées avec désintéressement, probité, délicatesse. Si l'amour du gain en fait une spéculation, elles perdent leur principale utilité pour les citoyens. La loi n'a pas institué une classe de fonctionnaires pour lesquels elle demande la confiance des familles; elle aura organisé une exploitation mercantile, qui joindra aux inconvénients du monopole, l'esprit de compétition ardente de la concurrence. Tous les efforts de la discipline doivent donc tendre à éloigner de ces offices les calculs de la cupidité.

Mais si vous donnez à ces offices l'adjonction dangereuse de sociétés formées pour en tirer parti, vous attisez auprès d'eux, et jusque dans leur sein, l'ardeur du gain; vous les surexcitez par l'élément qui est le plus propre à les détourner de leur but régulier; vous rendez la fièvre plus incandescente, taudis qu'il faudrait la combattre par des calmants (7).

---

(1) Dard, *Traité des offices*, p. 248.

(2) Arrêt du 6 janvier 1836 (Dalloz, XXXVI, 2, 119; Sirey, XXXVI, 2, 65).

(3) Dalloz, XXXV, 2, 73.

(4) Même arrêt d'Agen.

(5) Loyseau, liv. III, chap. X, n° 47, dit que le rapport de l'office à la succession se faisait par estimation.

(6) Add. Duvergier, n° 59, dit dans le même sens: « Ainsi, l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 doit être pris à la lettre; loin d'étendre sa disposition et d'exagérer ses effets, il faut la réduire à ses conséquences nécessaires et immédiates. Les parties intéressées l'ont mal entendu; on leur a rendu une pierre du vieil édifice, elles ont essayé de le reconstruire tout entier. Mais les jurisconsultes et les tribunaux qui ont examiné avec plus de sang-froid les questions qu'a fait naître l'application de la loi de 1816, ont reconnu qu'elle n'avait point rétabli la vénalité des charges, comme on l'entendait dans l'ancien régime; qu'elle n'avait ajouté aux droits des titulaires d'offices que la faculté de présenter un successeur à l'agrément du roi, et d'obtenir le prix de cette désignation par celui en faveur de qui elle était faite; que c'était un droit attaché à leur personne, que seuls ils pouvaient l'exercer; que les offices n'ayant pas été concédés au moyen d'une finance payée à l'époque de leur création, il n'y avait plus de possibilité de distinguer entre le titre et la finance, et de prétendre que celle-ci était seule l'objet des transactions entre les titulaires et leurs successeurs.

« Dans l'ancienne jurisprudence, un office pouvait être saisi et vendu judiciairement à la requête des créanciers du titulaire (voy. Loyseau, liv. III, chap. VI); mais de notre temps, cela ne saurait être toléré. La cour de Caen l'a fort bien décidé, quoique, dans l'espèce, le titulaire de l'office se trouvât, par l'effet des circonstances, dans l'impossibilité d'exercer ses fonctions : elle a dit avec raison qu'il y aurait les plus graves inconvénients à permettre à des ayants droit ou créanciers vrais ou supposés, de faire afficher et mettre en vente des places d'officiers ministériels qui n'appartiennent point *propriétairement* aux titulaires, dont le roi ne concède que les fonctions, et qui se réduisent, lorsqu'elles deviennent vacantes, à une simple présentation que le gouvernement est libre d'agréer ou de repousser (arrêt du 12 juillet 1827. Sirey, XXVIII, 2, 240). »

(7) Add. Duvergier disait, n° 61 : « Presque tous les jurisconsultes qui pensent que les offices ne peuvent être mis en société ont trouvé des arguments dans les règles de discipline auxquelles sont soumis certains officiers; ils ont fait remarquer notamment que le secret imposé aux notaires et aux agents de change est un obstacle à toute association ayant pour objet l'exploitation de leurs charges; ils ont rappelé les anciens règlements qui prohibaient les sociétés entre les titulaires d'office et de simples particuliers, et même entre officiers de la même classe; enfin, ils ont montré que l'ordre public était intéressé au maintien de ces prohibitions.

« J'ai cru devoir traiter la question sous un point de vue plus général; j'ai cherché une solution dans les principes qui régissent le contrat de société, dans l'étude et l'analyse des élé-

Je connais l'objection banale : La société ne s'applique qu'à la finance qui est dans le commerce; elle reste en dehors de la fonction, qui demeure dans le domaine public. Mais je dis que cette distinction n'est qu'une chimère. En effet, c'est par la fonction que la finance devient meilleure; c'est la fonction qui procure les émoluments; sans la fonction, la société serait inerte et la finance improductive; la fonction est l'âme et le mobile de la société : il est donc impossible que la société soit indifférente à la fonction. Or, là est la source du mal.

Car la fonction doit être libre; et la société lui donnera des surveillants, des conseillers, des tuteurs! En vain le devoir élèvera des barrières, l'intérêt les franchira.

On destitue un clerc dont on est mécontent; on le punit de ses indiscrétions en le renvoyant. Au contraire, l'associé est un égal, quelquefois un maître dont il faut subir le joug. Il y a un proverbe italien qui a dit avec profondeur : *Chi ho società, ha padrone!*

La fonction est assujettie à un point d'honneur qui s'ajoute à la responsabilité légale; mais la société, qui n'a en vue que les bénéfices, l'entraînera dans le cercle des pratiques industrielles. Ici, on multipliera les actes frustratoires, l'on enflera les mémoires; on ira recruter audacieusement des clients pour l'étude *un tel et compagnie*. Là, on jouera à la bourse, et l'on se livrera à l'agiotage. Les devoirs de la profession seront sacrifiés aux exigences de la position commerciale dont on l'a compliquée. Je ne dis rien que l'expérience ne prouve. Des exemples seront cités tout à l'heure (1).

Du reste, on se méprend sur le but de la loi du 28 avril 1816, quand on s'imagine qu'elle a rétabli pour certains offices la vénalité telle qu'on la connaissait jadis. Dans l'ancien régime, on pouvait saisir un office; il est insaisissable aujourd'hui (2); dans l'ancien régime, un arrêt pouvait tenir lieu de la démission du titulaire qui refusait de la donner quand il l'avait promise (3). Aujourd'hui le fonctionnaire ne peut être privé de son titre que par le roi, auquel il appartient; ou par sa volonté (4). Qu'a donc permis la loi du 28 avril 1816? Une seule chose, qui par elle-même est assez grave pour ne l'étendre pas au delà de ses limites : c'est de mettre un prix à la présentation du successeur de l'office. De là il résulte cette conséquence frappante, que la finance ne devient vénale qu'au moment où la fonction cesse ou va cesser; mais que la vénalité n'a pas été rétablie pour le temps de sa durée. La vénalité ne peut coïncider qu'avec la vacance, jamais avec la gestion.

Et ceci explique pourquoi l'office peut tomber en communauté, quoiqu'il ne puisse faire l'objet d'une société. Une société ne pourrait lui servir d'auxiliaire que pendant que le fonctionnaire est en exercice; au contraire, la communauté accidentelle qu'occasionne entre les héritiers le décès du testateur n'a lieu que quand la fonction vaque.

Donc, pour nous résumer, nous disons que les jurisconsultes opposés à notre opinion ont contre eux : 1° la loi constitutionnelle abolitive de la vénalité des offices; 2° le texte de la loi du 28 avril 1816, dont ils forcent les conséquences; 3° des raisons de morale et d'ordre public, qui empêchent de transformer en commerce exploitable et en *cabale*, comme disait dédaigneusement Loyseau (5), des fonctions dépendant de la puissance souveraine et vouées avant tout au service des citoyens.

94. Maintenant jetons un coup d'œil sur la jurisprudence. Ses monuments attestent la répulsion que ces sortes de traités trouvent dans les idées des magistrats.

Un arrêt de la cour royale de Paris, du 2 janvier 1838 (6), décide à l'égard d'un office d'agent de change : « que ces fonctions doivent être remplies par « le titulaire seul; que le droit de les exercer est es- « sentiellement personnel; que la loi lui fait un devoir « de tenir ses opérations secrètes; qu'ainsi la nature « de cet office résiste à ce qu'il devienne l'objet d'une « société, puisqu'on ne concevrait pas de société où « la chose sociale n'est susceptible ni de copropriété « ni d'exploitation par plusieurs, et où les opérations de la société ne doivent être connues que du « gérant; etc., etc. »

Dans cette espèce, le traité de société qualifié d'exploitation par profits et pertes, de l'office d'agent de change d'un sieur Bureaux, stipulait pour les associés la faculté d'admettre ou de rejeter les opérations de cet agent, et l'obligation pour lui de délé-

---

ments qui le constituent; j'ai craint, d'ailleurs, que les règlements anciens n'eussent perdu leur autorité; et les considérations si habilement déduites m'ont paru une faible réponse à cet argument de ceux qui admettent les sociétés pour l'exploitation des offices; la loi ne les défend pas, et tout ce que la loi ne défend pas est permis. J'ai voulu montrer que la loi les défend, que les dispositions qui déterminent ce qui est de l'essence même du contrat de société s'opposent à ce qu'il ait pour objet l'exploitation d'un office.

« Ceux qui défendent l'opinion contraire ont aussi essayé de lui trouver une justification dans les théories économiques; c'est surtout pour les charges d'agent de change qu'ils se sont efforcés de prouver, sinon la légalité, du moins l'utilité des associations. Il existe, je le sais, beaucoup de prévention en cette matière; il y a des gens qui, en économie sociale comme en politique, n'ont pas fait un pas depuis un demi-siècle; qui, en reprochant aux partisans de l'ancien régime leurs doctrines arriérées, n'ont sur eux d'autre avantage que d'être attachés à un passé un peu moins vieux; et qui, enfin, voient dans l'époque où fut abolie la vénalité des charges, la démonstration suffisante qu'elle devait l'être. Je suis parfaitement dégagé et libre de toute préoccupation de ce genre; mais je crois, comme le disait l'année dernière le ministre des finances à la chambre des députés, « que de tous les « sacrifices que les malheurs des temps ont forcé de faire en 1816, « il n'en est pas de plus onéreux, de plus funeste que celui qui, « pour un très-petit avantage pour le trésor, a créé la vénalité « des charges, et amené les conséquences que tout le monde dé- « plore, et le gouvernement plus que qui que ce soit. »

« Cependant il serait peut-être juste et utile de distinguer entre les diverses professions qui s'exercent en vertu de délégations de la puissance publique. Les charges dont la clientèle, les bénéfices et la valeur augmentent en raison de l'activité, de l'intelligence et de la moralité des titulaires, doivent-elles être assimilées à celles dont le produit s'élève ou s'abaisse seulement par l'effet du hasard ou des circonstances, et pour lesquelles une main inhabile fait autant qu'une sage et vigilante gestion? Les premières passent, avec une grande partie de leurs avantages, à ceux qui les achètent. Pourquoi n'en payeraient-ils pas le prix à celui qui les a produits par son mérite et son application? Partout où j'aperçois un produit du travail, je suis disposé à reconnaître un droit de propriété. Je me borne à indiquer ici ces vues; leur développement m'entraînerait hors des limites dans lesquelles la nature de cet ouvrage me circonscrit. »

(1) N° 95.

(2) DARD, p. 248, 249 et 495.

(3) Id., p. 237, 238.

(4) Arrêt d'Agen précité.

(5) *Suprà*, n° 90.

(6) SIREY, XXXVIII, 2, 83.

guer, en cas d'empêchement, ses pouvoirs à l'un des associés ; de ne pas se démettre dans ce cas avant une époque déterminée, et de laisser gérer l'office sous son nom.

Tout cela avait été convenu probablement avec l'approbation de la chambre syndicale, qui, assure-t-on, a la surveillance de tous les traités. Or, je demande s'il est possible d'argumenter des usages de cette compagnie, lorsqu'on la voit tolérer d'aussi monstrueux empiétements sur la puissance publique, lorsqu'elle permet d'annihiler un fonctionnaire, et de fausser les rôles au point de le rendre responsable envers le public d'actes non émanés de sa libre volonté!

95. Voici une décision non moins remarquable, qui est relative à un office d'avoué. Elle émane d'un jugement du tribunal de Nantes, du 9 mai 1839 (1).

Le traité était bien loin d'enchaîner le titulaire au même degré que le contrat dont j'ai rendu compte au numéro précédent. Mais la force des choses conduisait implicitement aux mêmes inconvénients ; ils sont inhérents, par une nécessité fatale, à tout pacte de ce genre. Voici ce qu'on y lisait :

J. cède à P*** la cinquième partie de mon étude d'avoué, évaluée à 50.000 francs de prix principal, moyennant 10,000 francs comptant. En raison de cette cession et de son travail comme premier clerc dans l'étude, P*** recevra le quart de ses produits ; l'association durera jusqu'au 31 décembre 1840, etc.

Le tribunal de Nantes déclara ces conventions nulles, parce que nul ne peut s'ingérer dans les fonctions d'avoué que celui à l'égard duquel existent les garanties et la responsabilité voulues par la loi; qu'en vain on dirait que les procédures sont toujours garanties par le titulaire ; qu'en réalité, l'avoué qui a aliéné une partie de la propriété de son office au profit d'un tiers, et qui a admis ce tiers à partager ses travaux sur un pied d'égalité, *n'a plus l'indépendance qui convient à un fonctionnaire public; que pour que la responsabilité d'un fonctionnaire réponde au vœu de la morale et de la loi, il faut que son action soit libre, qu'il ne puisse être maîtrisé par un associé, qu'il ne connaisse d'impulsion que celle de sa conscience, d'empire que celui des règles qui ont tracé les devoirs de son état.*

On ne saurait mieux dire.

Au surplus, veut-on toucher au doigt les dangers de ces associations scandaleuses? on n'a qu'à jeter les yeux sur l'espèce suivante, jugée par la cour royale de Rennes, le 28 août 1841 (2).

Par un traité du 30 mars 1833, L*** céda à N*** son office d'avoué, moyennant 15.000 francs ; mais, par un traité secret, il fut établi entre le cédant et le cessionnaire une association dont la durée fut fixée à deux ans, et qui avait pour objet le partage des bénéfices de l'étude. Jusqu'à l'expiration des deux ans, l'étude devait rester chez le cédant, et ce n'est qu'à cette époque que celui-ci s'interdisait de s'immiscer dans la gestion.

Qu'arriva-t-il à la suite de ce traité? C'est que la charge, forcée de rendre des émoluments assez élevés pour satisfaire aux prétentions des deux intéressés, fut dirigée dans des vues mercantiles; on exagéra les mémoires, on multiplia les perceptions illicites, on pressura les clients ; et l'office, qui jusque-là n'avait rapporté que 4,000 fr., en produisit plus de 14.000 dans les deux ans! L'arrêt constate en fait ces exactions, suite nécessaire et déplorable de pareilles sociétés de gains.

On pense bien que la cour royale leur imprima le sceau de la flétrissure. Il est à remarquer, du reste, que le contrat permettait au cédant de s'immiscer dans la gestion de l'office pendant les deux années que l'association devait durer. Mais cette clause ne change rien à la physionomie de l'espèce. Les sociétés, qui dissimulent leur action sur le titulaire, ne font qu'ajouter le mensonge à des pactes déjà assez condamnables par eux-mêmes.

96. Telle est la jurisprudence (3). Les sociétés pour les offices ne s'en relèveront pas.

Je n'admets qu'une combinaison, et les arrêts les plus sévères y prêtent la main : c'est celle qui, sans associer le cédant à l'exploitation de l'office, lui permettrait de se payer de son prix de vente au moyen d'un simple partage de bénéfices. Ce tempérament doit être approuvé quand il est exempt de dissimulation. Ce n'est pas là une société dangereuse pour la liberté et la délicatesse du fonctionnaire; c'est tout simplement un mode de payement.

Le cédant n'est pas constitué sociétaire, il n'a qu'une simple créance sur les bénéfices, créance qui ne se distingue des autres par aucune anomalie fâcheuse (4).

Voilà pourquoi un arrêt de la cour royale de Toulouse, en date du 14 novembre 1835 (5), a validé un marché par lequel le cédant d'un office de notaire s'était réservé une part dans les produits de la charge. Il n'y avait pas de société dans un tel pacte ; le cédant n'était qu'un simple créancier qui, au lieu de se faire payer de son prix en une seule fois, avait préféré un prix payable à plusieurs échéances et en sommes variables. Du reste, point de droit explicite ou implicite de s'immiscer dans la gestion de l'étude; point de participation aux fonctions; point de copropriété dans la chose ou dans ses produits; un simple droit aux bénéfices, résultant, non de la qualité d'associé, mais de la qualité de créancier (6). Nous pensons que dans de telles circonstances la cour n'a rien fait qui engage les principes. Du reste, l'arrêt de la cour royale de Paris du 2 janvier 1838, que je citais tout à l'heure, admet aussi, malgré la rigueur qu'on lui a reprochée, la convention qui se renferme dans ces limites.

---

(1) *Journal des notaires*, tome LVI, p. 556 ; Sirey, XXXIX, 2, 434.

(2) *Ibid.*, tome LXI, p. 238 ; Sirey, XLI, 2, 491, 495.

(3) On cite aussi un arrêt de Nîmes, du 20 août 1840 (*Journal des notaires*, tome LXI, p. 239), et un autre arrêt de Rennes du 29 décembre 1839 (Sirey, XL, 2, 82). Les motifs en sont remarquables.

(4) Add. Duvergier dit, n° 59 : « D'abord, comme on l'a déjà vu, celui qui est simplement intéressé aux bénéfices n'a pas comme l'associé même commanditaire, un droit d'investigation et de contrôle sur les actes de la gestion. En second lieu, l'associé est propriétaire de sa part dans les bénéfices et dans le fonds social; par conséquent, s'il se trouve en concours avec des créanciers personnels du gérant, il n'est point primé par eux ; ceux-ci ne viendront pas même à contribution avec lui, sur les valeurs composant l'actif social ; il prendra sa portion dans la chose commune, délaissera à son associé la sienne, et c'est sur celle-ci seulement que les créanciers de ce dernier pourront exercer leurs droits. La position de celui à qui a été accordée une part dans les bénéfices, et dans le produit de la vente d'une charge, n'est pas la même : il n'a qu'une action personnelle contre le titulaire pour se faire délivrer ce qui lui a été promis ; et il vient par contribution sur les biens de son débiteur avec les autres créanciers »

(5) Dalloz, XXXVI, 2, 42, Sirey, XXXVI, 2, 155.

(6) Duvergier, n° 59, a très-bien fait ressortir ce point.

97. Par la même raison, personne ne désapprouvera le traité par lequel un avoué ou un notaire payerait les services de son clerc par une participation aux bénéfices (1). Là ne se rencontreraient pas ces rapports d'égalité, cette intervention jalouse, qui, en pesant sur le fonctionnaire, entravent la liberté de la fonction.

98. Nous venons de montrer qu'un office ne peut faire l'objet d'une société parce qu'il n'est pas dans le commerce. On peut en dire autant des choses sur lesquelles il n'est pas permis de pactiser. Mon intention n'est pas de les passer en revue.

Je me bornerai à un dernier exemple emprunté à notre ancien droit.

Trois frères, marchands de Limoges, formèrent une société de tous les biens qui pourraient leur échoir par droit de succession.

Depuis, le père ayant fait son testament, par lequel il institua l'un d'eux pour son héritier, celui ci prit des lettres de rescision contre l'écrit de société. Arrêt du parlement de Bordeaux qui les entérine, et arrêt confirmatif du grand conseil du 27 janvier 1575. Il y avait dans cette société : *votum captandæ hæreditatis* (2).

Félicius paraît croire cependant qu'on peut mettre en société l'espérance d'une succession future (3). Mais nous verrons au n° 109 la conciliation de ces deux opinions. Il est probable que, dans l'espèce jugée par le parlement de Bordeaux, il résultait des circonstances que les successions mises en société étaient celles de parents vivants et certains.

99. Il faut maintenant nous occuper des effets de la nullité des sociétés illicites.

Une règle domine toute cette matière :

C'est qu'il ne doit pas y avoir communication du dol : *Nulla doli communicatio est* (4). De là les conséquences que voici :

100. 1° Un associé n'a pas d'action contre son coassocié pour l'obliger à conférer ce qu'il a acquis par des moyens criminels ou défendus (5). Réciproquement, l'associé condamné pour le délit qui a donné naissance à la société ne pourrait légalement exiger que son coassocié l'indemnisât du dommage causé par l'effet de cette juste condamnation (6). De même que le gain obtenu par le dol ne doit pas se communiquer, de même la perte amenée à la suite du dol reste personnelle et ne doit pas se partager (7).

101. Ce n'est pas tout : supposons que l'un des associés ait mis spontanément en commun les bénéfices qu'il avait acquis par des manœuvres frauduleuses; il n'aura pas d'action contre ses coassociés pour les contraindre à la restitution (8); surtout si ceux-ci avaient ignoré la cause de ce gain (9). Mais quand même il y aurait eu connaissance du délit, la répétition serait vainement formée. Car c'est une règle de droit, qu'on peut retenir quelquefois ce qu'un ne pourrait honnêtement demander (10).

102. En un mot, les associés n'ont pas d'action entre eux pour raison des sociétés illicites; ils ne peuvent ni demander le partage des profits et pertes, ni le faire régler en justice, ni déférer aux tribunaux le jugement de leurs différends sur les effets de leur association (11).

Toullier voudrait qu'on fît fléchir cette sévérité pour le cas où il s'agit de sociétés qui ne sont illicites que par la force de certaines lois arbitraires, par exemple, pour les sociétés de contrebande, et autres

---

(1) Notes de DEVILLENEUVE, dans SIREY, XXXVIII, 2, 83.

Add. DUVERGIER ne considère pas cela comme une société. Il dit, n° 60 : « Fréquemment il arrive que les officiers ministériels font avec un ou plusieurs de leurs collaborateurs la convention qu'au lieu d'un traitement fixe ils leur donneront une certaine quotité des produits de leur charge. Cette convention n'a point non plus le caractère de société. Les raisons qui m'ont servi à établir qu'en général il n'y a pas de société possible pour l'exploitation d'un office, trouvent ici leur application. D'ailleurs, la position subalterne du collaborateur à l'égard de son patron, l'obéissance à laquelle il est tenu ne permettent pas de voir en lui un associé, il n'est qu'un commis intéressé. »

TROPLONG avait émis la même opinion ci-dessus n° 46.

(2) PAPON, livre XV, tit. II, n° 28; BRILLON, v° *Société*, n° 20.

(3) Cap. IX, n° 21; il cite BARTOLE, sur la loi *Is potest*, n° 5, D. *de acq. hæred.*

(4) ULPIEN, l. 1, § 14, D. *de tutor. et ration. dist.*

(5) VOET, *Pro socio*, n° 7, d'après ULPIEN, l. 53, D. *Pro socio*.

(6) VOET, *Pro socio*, n° 57; D. *Pro socio*, et l. 1, § 14, D. *de tutorib.*

Add. Op. conf. de DURANTON, n° 328.

(7) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, n[os] 27, 28, où il dit : « Lorsque la société aura été mise en activité, si elle a produit des bénéfices, ils resteront à l'associé qui les aura perçus. Les autres ne pourraient venir en réclamer leur part qu'en argumentant de la convention; or, une réclamation ayant une pareille base n'est pas de nature à être admise en justice. Il arrivera, il est vrai, que l'un des contractants, aussi coupable que les autres, aura tout l'avantage qu'il pouvait attendre de l'exécution du contrat, et même au delà. Ce résultat est sans doute bizarre; mais il faut absolument l'admettre, ou accorder aux autres associés une action dérivant du contrat, c'est-à-dire donner force et effet à une convention illicite; ce qui est impossible. *Porro autem si et dantis et accipientis turpis causa sit, possessorem potiorem esse; et ideo repetitionem cessare tametsi ex stipulatione solutum est* (leg. 8, D. *de cond. ob turp. caus.*; et leg. 3, cod; Pothier, *Oblig.*, n° 43; Toullier, t. VI, n° 126).

» Par réciprocité, si des pertes ont été éprouvées celui qui les aura supportées seul n'aura pas le droit d'exiger qu'elles soient réparties entre eux. »

(8) **Add.** Op. conf. de DURANTON, n° 328; de DUVERGIER, n° 29, où il cite l. 53 et 54 *Pro socio*, et POTHIER, *Société*, n° 36 : « Lorsque la répartition des bénéfices ou des pertes aura été faite, dit-il, elle devra être maintenue. Comment l'un des associés pourrait-il, sous prétexte que la société est nulle, demander à ses coassociés la restitution de leurs parts dans les bénéfices, pour se les approprier, ou prétendre qu'ils doivent supporter toutes les pertes, et que seul il doit en être indemnisé ? »

(9) ULPIEN, l. 53, D. *Pro socio*; FAVRE, sur ce texte.

(10) L. 3 et 4, § *Sed et quod*, D. *de conduct. ob turpem.*

(11) **Add.** Op. conf. de DURANTON, n° 328, où il dit : « En un mot, une semblable convention ne saurait produire aucune action. »

DUVERGIER, n[os] 25 et 26, ne semble pas admettre cette théorie; il dit : « Les conventions nulles n'engendrent aucune obligation, ne créent aucun droit, ne produisent aucune action. Cette règle s'applique avec rigueur surtout lorsque la nullité est fondée sur ce que la cause du contrat est illicite, ou que la chose qui en est l'objet est déshonnête. Néanmoins, et quelque louable que soit le sentiment qui porte à refuser toute force à des conventions honteuses, à mulcter sans pitié ceux qui les ont formées, il ne faut point s'y livrer avec trop de vivacité; on pourrait se laisser entraîner à des solutions erronées.

» D'ailleurs, presque toujours, la peine infligée à l'un des contractants produira un bénéfice pour l'autre; l'on manquerait donc le but par l'excessif désir de l'atteindre.

» Si la nullité d'une société est proposée, les choses étant encore entières, chacun reprendra son apport, tout sera remis au même et semblable état qu'avant le contrat; c'est ce qu'il faudrait toujours faire, si cela était toujours possible. »

dont la criminalité est de pure convention (1). Mais cette tolérance serait illégale (2) et dangereuse (3). Elle a été condamnée par deux arrêts de la cour royale de Paris, des 18 février 1837 et 13 juin 1838, qui ont déclaré sans action en justice des associés pour la contrebande et pour la vente d'un remède secret (4). On peut consulter aussi l'arrêt de la cour royale de Nancy que j'ai rapporté au n° 88 et qui refuse le droit de réclamer une indemnité à l'associé qui avait fait des dépenses personnelles pour la mise en mouvement de la société illicite (5).

103. Les lois romaines parlent d'un autre tempérament; elles supposent que l'auteur du délit a été condamné à rendre au tiers, qu'il a surpris, le fruit de sa mauvaise action; elles veulent alors que l'associé avec lequel il aura partagé soit tenu de lui faire restitution. Car ce serait aller contre la bonne foi que de garder ce que son coassocié doit rendre (6) : « At « qui non est ex bonâ fide, disait le président Favre, « ut socius ex bonis socii retineat id quod ille alii « reddere damnatus sit (7); » et relativement à cette restitution, Ulpien fait une distinction. Si l'associé qui a profité du délit a été de bonne foi, il ne doit rendre que la chose seule qu'il a reçue; mais s'il a connu le délit, il est juste qu'il supporte, en sus, sa part de la peine; *ut cujus participavit lucrum, participet et damnum* (8).

Et peu importe que la condamnation ait lieu après la dissolution de la société, ou pendant qu'elle dure. Les obligations restent les mêmes, sans distinction d'époques (9).

104. Mais hâtons-nous de faire remarquer que ces distinctions des lois romaines ne sont applicables que lorsque la société, licite dans son objet, a dévié dans quelques actes isolés. Elles ne peuvent être invoquées lorsque la société est en soi contre les lois, les bonnes mœurs, l'ordre public. Alors on s'en tient à la règle qui ne donne aucune action entre associés. Cette règle est générale, dit Ulpien (10), elle ne se prête pas à de telles exceptions.

105. Jusqu'à présent je n'ai parlé que de la communication des gains et pertes, dans les sociétés illicites. On a vu que tout ce qui a été dit à cet égard repose sur cette règle, que le dol ne se communique pas.

Quant aux capitaux, apportés pour les constituer, on a pensé (11) que chaque associé a action pour les reprendre. La réception seule, a-t-on dit, suffit pour établir le fondement de la répétition contre l'associé qui les détient. On n'a pas à argumenter de la société, on la tient pour non avenue. On ne vient pas demander la communication du gain obtenu par dol, de la perte occasionnée par suite du dol. On ne fait que répéter ce qui a été reçu sans cause (12).

---

(1) Tome VI, n° 127.

Add. Où Toullier dit : « Si nous avions formé une société pour faire la contrebande, et que nous eussions été condamnés à l'amende, nous n'en serions pas moins obligés de nous tenir compte des gains et des pertes pendant que la société a duré; car on tient pour maxime en cette matière, que lorsque les deux parties, ou celle qui est punissable, ont satisfait à la loi, en payant l'amende, ou en subissant la peine prononcée contre la contravention, l'engagement pris en fraude des lois purement civiles et des règlements arbitraires, est valable de contractant à contractant. « Il y a, dit Barbeyrac, des conventions que les lois défen« dent, mais qu'elles laissent pourtant subsister lorsqu'elles sont « faites contre leur prohibition; pourquoi n'y en aurait-il pas « qui demeurent valides entre les parties, quoique la loi les an« nule autant qu'il est en elle? »

(2) Arg. de l'art. 1133, code civil.

(3) *Junge* Duvergier, n° 30.

(4) Dalloz, XXXVIII, 2, 173.

(5) **Add.** Op. conf. de Duvergier, n° 30, où il dit : « L'article 1131 déclare que l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet, et certainement il parle bien des effets entre les parties contractantes; puis, l'article 1133 ajoute que la cause est illicite *quand elle est prohibée par la loi*, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.

« Or, il faut bien avouer que la loi défend de se livrer à la contrebande; d'où il suit invinciblement que la société formée entre des fraudeurs ou des contrebandiers, non-seulement expose les associés à des peines pécuniaires et corporelles, mais en outre ne peut produire aucun effet entre les contractants. Il y a même ceci de remarquable, que presque tous les auteurs, lorsqu'ils veulent donner des exemples de sociétés ayant pour objet des opérations illicites, citent celles qui sont formées pour faire la contrebande, et aucun ne dit qu'elles produiront leur effet entre les parties. C'est évidemment la pensée opposée qu'ils ont dans l'esprit.

« D'ailleurs, la distinction serait souvent fort difficile à appliquer. Avec nos mœurs un peu relâchées, comment déterminer la limite entre les faits essentiellement criminels, et les actes contraires aux règlements arbitraires? Serait-ce la sévérité du châtiment qui servirait à l'établir? Distinguerait-on entre les peines de police, correctionnelles, afflictives ou infamantes, corporelles ou pécuniaires? On ne saurait sérieusement y songer. S'en remettrait-on à l'appréciation de l'opinion publique? Ce serait évidemment adopter une règle incertaine, mobile, soumise aux influences les plus diverses et souvent les plus fâcheuses.

« Il faut donc s'en tenir au principe général et absolu qui refuse tout effet aux actes contraires aux prohibitions, soit que la sanction des prohibitions consiste seulement dans la nullité prononcée par la loi civile, soit qu'elle se trouve écrite dans la loi pénale. »

(6) Pomponius, l. 54, D. *Pro socio*; Voet, *Pro socio*, n° 7.

(7) Sur la loi 54, D. *Pro socio*.

(8) Ulpien, l. 55, D. *Pro socio*.

(9) Paul, l. 56, D. *Pro socio*.

(10) L. 57, D. *Pro socio* (*generaliter*).

(11) Duvergier, n° 31.

(12) **Add.** Duvergier, n°s 31 et 32, justifie de la manière suivante cette opinion : « Les associés qui, d'après ce système, ne pourront point réclamer leur portion dans les bénéfices perçus par l'un d'eux, seront-ils du moins fondés à exiger la restitution des choses mises en société, des capitaux qui auront servi à la spéculation et amené des profits? Le passage suivant de Pothier résout affirmativement la question : « Si l'un des associés « avait fait la contrebande et qu'il eût en magasin des marchan« dises de contrebande, les associés n'ont pas d'action pour « l'obliger à les apporter à la société, ou à compter du profit « qu'il fait dans ce commerce. Les raisons ci-dessus rapportées « et les lois qui leur défendent de prendre part à un tel com« merce, résistent à cette action. Ils ont seulement action pour « lui faire rapporter l'argent qu'il aurait tiré de la caisse com« mune pour faire ce commerce, n'ayant pas eu le droit de l'en « tirer pour en faire un tel emploi. »

« A la vérité, l'espèce dans laquelle se place Pothier n'est pas celle sur laquelle je viens de m'expliquer. Il ne suppose pas qu'il y ait eu une association formée pour faire la contrebande; il prévoit les cas où l'un des associés aurait pris, pour des opérations de contrebande, une somme d'argent dans la caisse d'une société ayant un but licite. Il y a par conséquent, entre les deux hypothèses, cette différence que dans l'une l'associé a pris l'argent de la société sans le consentement de ses coassociés; et que, dans l'autre, c'est en exécution de la convention qu'il a reçu les fonds et qu'il en a fait usage. Néanmoins, la convention étant nulle, il faut dire avec Pothier, malgré la différence des positions, que l'un des associés n'a pas eu le droit de prendre l'argent des autres, qu'il doit le leur restituer en gardant pour lui ses bénéfices.

« Cette distinction entre les bénéfices et les capitaux, repose

J'ajoute que, dans l'affaire jugée par le tribunal de Nantes (1), le notaire qui s'était associé au précédent titulaire de l'office avait versé 10,000 fr. : le tribunal en ordonna la restitution.

Mais, dans leur excellent *Traité du contrat de commission* (n° 65), Delamarre et Lepoitevin s'élèvent contre cette opinion. La mise, disent-ils, a eu sa cause dans la société illicite; elle est un effet d'un pacte réprouvé. L'associé qui a reçu n'a qu'à répondre : *J'ai reçu, mais pour faire la contrebande*, et, d'après ces paroles, nul tribunal ne voudra prendre connaissance d'une telle affaire, si ce n'est pour punir les coupables. C'est en vain qu'on se replie à dire qu'on tient la société pour non avenue : les faits ne s'abolissent pas. *Facta pro infectis haberi non possunt.* Cette argumentation, quoique sévère, me paraît sans réplique.

105 2° (2).

105 3° (3).

106. Après avoir passé en revue les sociétés illicites par leur objet, on arrive aux sociétés illicites par leur constitution.

C'est à celles-ci que notre article fait allusion quand il exige que la société soit contractée pour l'intérêt commun des parties. Toute société qui n'aurait en vue que l'avantage d'un des associés serait infectée d'un vice qui en altérerait l'essence; elle serait léonine. Mais ce n'est pas le lieu de traiter à fond ce sujet. Je m'en occuperai en commentant l'art. 1855 (4).

107. Nous voici au troisième point dont s'occupe l'art. 1833, c'est-à-dire aux mises sociales. Le principe est qu'il n'y a pas de société, si chaque associé n'apporte pas une mise. La mise est de l'essence de la société. Sans mise réciproque, il y a un contrat autre que le contrat de société. (Art. 1832 et 1833.)

108. Et d'abord, en quoi peut consister la mise?

---

sur une idée aussi juste que simple. Pour obtenir les premiers, il faudrait réclamer l'exécution du contrat, faire reconnaître et sanctionner par la justice l'existence d'une société illicite : cela ne se peut. Pour justifier la revendication des sommes formant la mise sociale, il suffit de dire que l'associé qui les a reçues et qui les a encore, est sans droit à les conserver. On se fonde alors uniquement sur le fait de la remise. Loin d'invoquer la convention, on la considère comme n'ayant point existé, comme ne devant produire aucun effet.

« Si, au moment où les rapports cesseront entre les contractants, il reste une chose commune à tous, il faudra nécessairement procéder à un partage; mais ce ne sera point d'après les bases établies dans la convention que les lots seront formés; car on ne peut point admettre l'existence de la société. On agira donc comme si une communauté de fait avait eu lieu, indépendamment de toute stipulation : et l'on consultera l'équité seule pour déterminer ce qui doit revenir à chacun. »

(1) *Suprà*, n° 95.

(2) Add. *En supposant la nullité de l'association formée pour l'exploitation d'un office, les prétendus associés doivent être admis dans la contribution sur le prix de la charge, pour les sommes qu'ils ont versées, sans déduction des pertes.* — Conséquent d'après la doctrine qu'il a émise, n° 31 (voy. ci-dessus, p. 48, note 12), DUVERGIER, n° 65, résout ainsi la question : « Après avoir établi que toute stipulation de société entre le titulaire de l'office et des bailleurs de fonds est vaine et inutile, que ces derniers ne sont que créanciers du titulaire pour leurs parts dans les bénéfices et dans le prix de l'office, et qu'ainsi ils ne peuvent être payés qu'en concurrence avec tous les autres créanciers, il faut examiner pour quelle somme ils seront admis à la contribution.

« Partant du principe que la société est nulle, dira-t-on que toutes les stipulations relatives à la distribution des pertes et des bénéfices doivent être considérées comme non avenues, qu'ainsi chacun des prétendus associés reste créancier du capital entier qu'il a versé, sans qu'on puisse lui faire subir aucune défalcation à raison des pertes éprouvées par la société, et dont il s'était obligé à supporter une portion? Ou bien, malgré l'annulation de l'association, laissera-t-on les contractants soumis aux chances aléatoires qu'ils avaient acceptées, et retranchera-t-on sur leur capital le montant des pertes dont ils avaient assumé la responsabilité?

« Il n'y a pas à hésiter, ce me semble, entre ces deux opinions. Il me paraît impossible d'admettre et de rejeter tout à la fois l'existence de la société; de l'admettre pour faire supporter aux contractants des pertes comme associés; de la rejeter, pour les priver du droit de copropriété, qu'ils auraient eu comme associés, sur le fonds social et sur les bénéfices. Ils n'ont pas, il est vrai, versé leurs fonds purement et simplement comme des prêteurs ordinaires, ils se sont soumis à certaines chances aléatoires; mais ils l'ont fait dans la pensée qu'ils entraient dans une société; qu'ils auraient tous les avantages que la loi accorde à ceux qui forment un pareil contrat. Je ne conçois pas qu'on leur impose les conséquences fâcheuses de la position d'associés, lorsqu'on leur en refuse les résultats utiles. Si la société eût produit des bénéfices, si déjà même des dividendes avaient été distribués aux contractants, et qu'ils vinssent dans la contribution réclamer le montant intégral des sommes qu'ils auraient versées, les autres créanciers ne manqueraient pas de soutenir qu'il faut déduire sur leur capital le montant des dividendes précédemment distribués, par la raison que les stipulations, en vertu desquelles une portion des bénéfices leur a été attribuée, sont nulles. Cette prétention des créanciers serait, à mon avis, bien fondée; par conséquent, dans le cas inverse, et lorsqu'il y a des pertes, ils n'ont pas le droit de faire retrancher des fonds versés par les prétendus associés, la portion de la perte mise à leur charge par le contrat. En un mot, il faut ne tenir aucun compte de la convention, considérer les contractants comme des bailleurs de fonds, comme des prêteurs, ne leur imposer aucune participation aux pertes, ne leur accorder aucune part dans les bénéfices, et les admettre à la contribution, pour ce qu'ils ont effectivement versé, déduction faite des dividendes, s'ils en ont reçu. »

(3) Add. *Il en est autrement de ceux qui n'ont pas entendu être associés, qui ont voulu seulement obtenir une part dans les bénéfices.* — DUVERGIER, n° 64, dit à ce sujet : « La solution serait différente, si les parties n'avaient pas eu l'intention de faire une société, si, se tenant dans les limites du possible, elles avaient seulement entendu acquérir, moyennant un versement de fonds, une part des bénéfices, sans s'attribuer la qualité d'associés. Alors, au moment de la liquidation, on devrait calculer à quelle somme s'élève la créance de chaque bailleur de fonds d'après le résultat des opérations, et l'admettre à la contribution pour le chiffre ainsi fixé.

« Qu'on ne s'étonne pas que deux situations, entre lesquelles il y a beaucoup d'analogie, présentent des résultats si différents.

« Dans l'une, les parties ont fait ce qu'elles ne pouvaient pas faire : elles ont voulu être associées, elles ne pouvaient pas l'être : leur convention est comme non avenue, non-seulement dans la partie qui établit la société, mais aussi dans les autres stipulations, accessoires et conséquences de la première, qui fixent la répartition des pertes et des bénéfices. Il ne reste plus que le fait du versement d'une somme d'argent, qu'une créance résultant de ce fait, que le droit d'être payé comme un créancier ordinaire.

« Dans l'autre hypothèse, où sciemment et volontairement les bailleurs de fonds se sont exposés à certaines chances, par l'espérance de recueillir certains avantages, sans toutefois croire qu'ils étaient associés, leur convention doit s'exécuter, parce qu'elle est licite et parce qu'elle est formelle; parce qu'on leur fait la position qu'ils ont prévue et acceptée; parce qu'en un mot ils ne peuvent pas se plaindre qu'on scinde leurs stipulations, qu'on leur inflige le mal, et qu'on leur enlève le bien qui, dans leur esprit, formait compensation. »

(4) Voy. au surplus *suprà*, nos 4, 6, 8, 16.

A cet égard, l'art. 1833 laisse aux parties une latitude qui ne comporte d'autres limites, que celles que nous avons assignées ci-dessus à l'objet même de la société (1). « Chaque associé, dit-il, doit apporter ou « de l'argent, ou d'autres biens, ou une industrie. » Ce cercle est immense. Il comprend non-seulement ce qui tombe dans le domaine de propriété, mais encore les facultés intelligentes de l'homme, les inventions de son esprit, le travail de ses mains.

Ainsi, la mise sociale peut être d'une chose corporelle, ou d'un droit incorporel (2).

Une chose corporelle : comme les bâtiments d'une usine, une chute d'eau, une machine, de l'argent non monnayé, une mine, un chemin de fer, des capitaux.

Un droit incorporel : comme une invention, un secret utile (3), un procédé industriel, une clientèle, etc., etc.

109. Non-seulement la mise sociale peut être d'une chose présente, elle peut être aussi d'une chose espérée ; on y peut faire entrer une succession future (4), pourvu toutefois que ce ne soit pas la succession future de telle ou telle personne vivante et désignée, et qu'il s'agisse, au contraire, de l'hérédité d'une personne incertaine (5) ; et quand nous parlons de la possibilité de mettre en société une chose non encore existante, mais seulement espérée, nous entendons que l'espérance n'entre dans la mise sociale qu'en attendant l'événement qui doit y faire entrer la chose future. Car une espérance seule, détachée de la chose, est une chimère qui ne peut servir d'assiette à une société (6) ; quand l'espérance s'évanouit, la société périt.

110. On peut également mettre en société des chances futures. En voici un exemple :

Le 28 octobre 1823, quatre pères de famille, ayant chacun un fils sujet au recrutement, stipulent, 1° que, voulant mettre en commun les chances du sort, ils formeut par portions égales un fonds de 2,400 fr. qui sera réalisé à la première réquisition de celui ou de ceux qui y auront intérêt ; 2° que si le sort désigne un seul des quatre jeunes gens, celui-ci prendra dans le fonds une somme de 1,600 fr. ; s'il en désigne deux, ils y prendront chacun 1,000 fr. ; s'il en désigne trois, ils prendront chacun 800 fr. ; enfin, s'il les désigne tous quatre, les sociétés et mises de fonds demeureront nulles de plein droit (7).

111. Au lieu de mettre en société une chose elle-même, on peut se borner à apporter la jouissance dont elle est susceptible (8) ;

112. Ou bien quelques-uns de ses attributs utiles, par exemple sa qualité exploitable, ou une destination dont on peut tirer profit. C'est pourquoi nous avons dit ci-dessus (9) que la vénalité d'un objet est de nature à former une mise sociale, et les lois romaines le décident expressément.

En effet, Ulpien rappelle l'espèce suivante qu'il emprunte aux ouvrages de Celsus (10). Vous aves trois chevaux, et moi j'en ai un ; comme leur réunion peut former un bel attelage, et qu'en les vendant en quadrige il y a lieu d'espérer que l'on en tirera un prix meilleur que si on les vendait séparément, nous formons une société pour en opérer la vente d'après cette combinaison. Il est convenu du reste que j'aurai le quart du prix. Mais voilà que mon cheval meurt avant la vente. Suivant Celsus, cet événement rompt la société, et vous ne me deves rien du prix de vos chevaux. Ce ne sont pas les chevaux eux-mêmes qui ont été mis en société ; leur vente en commun en a seule fait l'objet : « *Nec enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam esse societatem.* » Vous ne seriez tenu de partager le prix avec moi, qu'autant que nous aurions mis les chevaux eux-mêmes dans la société, parce qu'alors mon cheval, étant devenu la propriété de la société, aurait péri pour elle, et non pour moi (11) ; mais, dans l'espèce, je n'ai abdiqué ni la propriété de mon cheval, ni même sa jouissance ; j'en ai seulement conféré à la société la destination vénale.

Je ne conçois pas qu'une décision aussi juste soit censurée par Duvergier (12). Parce que chacun est resté propriétaire de la chose qui lui appartenait avant la convention, il en conclut qu'il n'a pu y avoir société (13) ; car c'est une erreur asses fréquente chez lui de penser que les mises sociales doivent avoir nécessairement pour effet de procurer à la société la propriété ou la jouissance de la chose (14). Mais il n'y a pas de plus dangereuse idée que celle-là. Comme le dit très-bien Championnière, la société n'exige pas qu'il y ait apport de propriété, ni même de jouissance (15). Il suffit qu'on lui apporte la simple destination vénale de la chose dont ou reste propriétaire. Cette destination est une qualité utile, susceptible d'être exploitée et mise à profit ; c'est, dans le sens de notre article, *un bien* qui cesse d'être exclusivement dans le patrimoine du propriétaire, et qui appartient désormais à la société appelée à en tirer parti. Notre article n'exige rien de plus : un tel apport suffit pour attribuer à la société ce quelque chose sur lequel s'exerce son industrie.

Dans l'espèce de Celsus et d'Ulpien, la destination vénale ne devait être utilisée qu'autant que les quatre

---

(1) N° 85.

(2) Je me sers de cette locution consacrée, quoique mauvaise.

(3) Voy. *Répert.* de MERLIN, v° *Société*, sect. I, n° 3, affaire du médecin Sutton, qui avait apporté en société la révélation d'un secret pour *inoculer*.

(4) PAUL, l. 3, § 2, D. *Pro socio* ; FELICIUS, cap. IX, n°s 15 et 21.

(5) FAVRE, sur cette loi, d'après ACCURSE : « Intellige enim « cum Accursio *de hæreditate venturâ incerti hominis* ; nec « enim valet pactum de futurâ hæreditate viventis. » *Suprà*, n° 98.

(6) ULPIEN, l. 63, § 10, D. *Pro socio* : « Neque enim ejus rei « quæ jam nulla sit, quisquam socius est. » Il parle d'une chose qui a péri.

(7) CHAMPIONNIÈRE, t. III, n° 2766.

(8) FELICIUS, cap. IX, n° 17 ; ALEXANDRE, *Conseil*, 491, lib. XI.

« *Super fructibus*, dit FELICIUS, *absque re principali* » (n°s 17, 18) ; art. 1851, *infrà*, n° 671.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 22. Voy. ci-après, n° 112, note 14.

(9) N°s 39, 46.

(10) L. 58, D. *Pro socio*. Voy. *infrà*, n° 683 : je reviens sur le sens de cette loi. Voy. aussi n° 920.

(11) L. 58, D. *Pro socio*.

(12) N°s 46 et 51.

(13) N° 51.

(14) Voy. *suprà*, n° 39, la réfutation d'une erreur semblable.

Add. Cependant DUVERGIER disait, n° 22 : « Ce n'est pas toujours la pleine propriété des choses qui est mise en société ; on peut n'y mettre que leur jouissance ou leur usage (code civil, art. 1841) ; et l'on comprend que la position des associés doit être fort différente selon qu'ils se sont entièrement dépouillés de la propriété, ou qu'ils ont borné leur apport à l'usage ou à l'usufruit. Cette différence se manifeste notamment au cas de perte de la chose, et lorsqu'on procède au partage à la fin de la société. »

(15) *Traité des droits d'enregistrement*, t. III, n° 2770.

animaux auraient été réunis en quadrige, et c'est parce que la mort prématurée d'un des chevaux a fait évanouir cette condition que la société est rompue (1); or rien n'empêche de subordonner une mise à une condition (2).

113. Si les qualités utiles d'une chose peuvent entrer dans une société, à plus forte raison doit-on considérer comme mise valable les qualités de la personne qui peuvent être dirigées vers un gain honnête.

Ainsi l'habileté dans la conduite des affaires (3), la force et le courage à se défendre d'un ennemi (4), le crédit commercial (5), l'industrie qui est aussi une richesse et dont la puissance égale et dépasse souvent celle des capitaux (6), tout cela peut être mis comme apport dans la société.

114. J'ai parlé du crédit de la personne : car tous les auteurs, de Luca (7), Felicius entre autres, le mettent au rang des mises valables. Là-dessus un mot d'explication.

Je n'entends pas faire allusion (on le présume bien) à ce genre de crédit dont je parlais au n° 87, et qui consiste dans la protection qu'une personne puissante par sa position, ses rapports, ses fonctions, accorde à une personne plus faible. Ce crédit-là n'est pas dans le commerce; il est immoral d'en tirer un profit. Pothier, si délicat appréciateur de ce qui est honnête, disait qu'il serait contraire aux bonnes mœurs qu'une personne puissante accordât son crédit pour de l'argent (8).

Mais il est une autre sorte de crédit que l'on se crée dans l'industrie par son travail, son habileté, sa fidélité aux engagements promis. Ce crédit attire les capitaux, il rend les affaires sûres et faciles; il est un *bien* pour une société industrielle, et celui qui l'apporte doit en être récompensé; car c'est une mise réelle sans laquelle peut-être la société n'aurait pu se constituer. Voilà le crédit dont on doit tenir compte dans le calcul des apports sociaux (9).

115. J'ajoute une autre observation essentielle.

Le crédit peut bien entrer comme mise partielle; mais il serait dangereux de l'admettre sans la coopération active, sans le concours sérieux de celui qui en est investi. La raison en est simple : le crédit ne s'accorde qu'à la personne et à ses œuvres. Or, si la personne, dont la réputation commande la confiance, n'a dans la société que son nom, sans son travail, sa prévoyance, son aptitude, la foi des tiers ne sera-t-elle pas trompée? et dès lors, une telle société ne rentrera-t-elle pas dans la classe de celles que j'ai qualifiées ailleurs de contraires à la morale publique (10)?

116. Ainsi deux choses sont à noter :

1° Le seul crédit qu'il soit permis de faire entrer dans un actif social, c'est le crédit commercial, industriel.

2° Ce crédit doit être appuyé d'une coopération réelle qui rende efficace la responsabilité sur laquelle les tiers ont compté (11).

Ces deux points me paraissent résulter au surplus de la discussion au conseil d'État.

« Pelet dit qu'on peut apporter dans la société ***son nom et sa réputation***, lesquels doivent aussi être considérés comme une mise.

« Treilhard dit que la réputation ***étant le résultat de l'industrie***, ce ne serait rien mettre dans la société que de n'y apporter que son nom, ***si l'industrie ne l'a rendu recommandable.***

« Berlier ajoute que d'ailleurs l'espèce de mise dont on parle ne s'applique qu'aux sociétés de commerce dont toutes les règles sont spécialement et exceptionnellement maintenues par plusieurs dispositions du

---

(1) *Infrà*, n°s 593 et 920.

(2) POTHIER, n° 13; *suprà*, n° 37.

Add. TOULLIER, *De l'extinction des obligations*, n°s 454, 455, adopte l'opinion suivie par TROPLONG. Voy. ci-dessus, n° 17 2°, l'opinion de DUVERGIER.

(3) Argum. de l'art. 1856.

(4) *Suprà*, n° 15, ce que j'ai dit des sociétés de conserve; PARDESSUS, t. IV, n° 984. DUVERGIER, n° 18.

(5) FELICIUS, cap. IX, n° 13, *Nomen et auctoritas*.

(6) ULPIEN, l. 29, D. *Pro socio*. Il dit : *Pecuniæ vel operæ.* — PAUL, l. 71, D. *Pro socio*. Il parle de deux personnes qui s'étaient associées pour enseigner la grammaire. — CAIUS, III, 149, *Sæpè enim opera pro pecunià valet.* — DONEAU, lib. XIII, cap. XV, n° 4, et sur le C. *Pro socio*, sur la loi 1. — BALDE, sur la loi 1, C. *Pro socio*, n° 1.

(7) *Infrà*, n° 385.

(8) *Société*, n° 10.

Add. Op. conf. de DURANTON, n° 318; de PARDESSUS, n° 984; de MALEPEYRE, n° 61; de DALLOZ, n° 11.

(9) **Add.** Op. conf. de DURANTON, n° 318; de PARDESSUS, n° 984.

MALEPEYRE et JOURDAIN ajoutent, n° 61 : « Mais il faudrait alors que son nom figurât dans la raison sociale, ou qu'au moins l'avantage et le crédit qu'il peut procurer à la société fussent utilisés, en faisant connaître au public ou aux correspondants de la maison que ce négociant est un des membres de la société, car, s'il exigeait que son nom fût ignoré, il est évident que son apport serait illusoire. » Op. conf. de DALLOZ, *Société*, chap. 1, sect. 1, n° 12.

(10) *Suprà*, n° 87; *junge* DUVERGIER, n° 19.

Add. Où il rappelle les paroles de TREILHARD. Voy. *suprà*, page 38.

(11) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, n° 20, où il donne cet exemple : « Je suppose qu'entre deux personnes soit intervenue une convention portant qu'elles s'associent pour le débit d'une chose confectionnée par l'une d'elles ou lui appartenant, et que l'autre donne son nom qui peut rendre la vente plus facile et plus avantageuse, ne s'obligeant d'ailleurs à aucun travail personnel, à aucun soin pour l'amélioration de la chose mise en société. Évidemment la dernière n'apporte rien; elle se prête à une fraude; elle induit le public en erreur, en présentant comme sienne une œuvre à laquelle elle est étrangère. Par ce double motif, l'association doit être déclarée nulle. Il est indifférent que, sous la protection du nom connu et estimé, la société obtienne des bénéfices qu'elle n'aurait point réalisés sans cette influence. On ne doit point juger de la validité des conventions par les résultats qu'elles produisent : cette doctrine relâchée, que la fin justifie les moyens, n'a jamais été enseignée par les jurisconsultes. L'appui d'un personnage puissant peut aussi procurer des bénéfices considérables, et cependant les auteurs ont, nous l'avons vu, unanimement refusé au crédit de cette espèce le caractère de mise sociale. » En thèse générale, disait Berlier, un nom isolé « de tout acte de la personne, est une chose fort abstraite, au « lieu que l'industrie est une chose positive à laquelle il con- « vient de s'arrêter. »

» Rarement la convention dont j'examine ici le mérite se présentera à l'examen des tribunaux sans déguisement. Presque toujours on cherchera à dissimuler l'inanité d'un pareil apport social, en feignant que la concession du nom emporte transmission d'une clientèle, ou en y ajoutant un simulacre de collaboration; mais les magistrats sauront bien déjouer ces ruses, qui, au surplus, montrent que ceux-là mêmes qui les emploient ont conscience du vice de leurs combinaisons. Lors donc que le juge verra que véritablement l'associé a donné sa clientèle, ses relations, son concours, il décidera qu'il y a mise valable et société sérieuse; lorsque, au contraire, sous l'apparence d'un apport réel, il n'apercevra que le *nom abstrait*, il annulera la convention. »

titre que l'on discute. Au surplus, et en thèse générale, *un nom isolé de tout acte de la personne est une chose fort abstraite*, au lieu que l'industrie est une chose positive à laquelle il convient de s'arrêter.

« L'article est adopté. »

117. Il n'est pas nécessaire que l'apport des associés soit d'égale valeur (1); l'inégalité des mises se compense par l'inégalité dans les parts, dans les bénéfices et les pertes. Nous verrons dans l'article 1853 le développement de cette idée, et dans l'article 1855 les limitations dont elle est susceptible.

118. On n'exige pas non plus que l'apport de chacun des associés soit de choses identiques. Car la fécondité naît souvent de la diversité des forces qui s'associent. Ainsi un associé peut apporter une découverte, un autre une industrie, un troisième des capitaux (2). L'intelligence, en prêtant son secours à la matière, développe la production, et ces deux éléments, que leur isolement et leur antagonisme pouvaient rendre stériles, engendrent la richesse par leur union.

119. Par contre, la mise sociale peut consister en une seule et même chose appartenant en commun à deux personnes, et destinée à être exploitée dans la vue de faire un gain et de le partager (3).

120. Cette alliance d'un capital et de l'industrie, dont je parlais no 118, est fort ancienne. Les Romains l'ont pratiquée de toute antiquité, et leurs lois en font l'éloge (4); elles y voient un moyen de procurer au pauvre des ressources précieuses. « Pauperior « opera supplet, quantum ei per comparationem pa- « trimonii deest (5). » Dans son plaidoyer pour Roscius le comédien, Cicéron nous a conservé l'exemple d'une société dans laquelle le grand artiste s'était engagé, à titre de mise, à enseigner à l'esclave Panurge l'art dramatique.

A cette occasion, je rappellerai qu'un passage des Institutes (6) a fait errer à plusieurs interprètes (7) que le jurisconsulte Mucius Scævola avait douté si l'un des associés pouvait n'apporter pour toute mise que son industrie sans argent. Je ne sais si les textes justifient cette opinion; je la crois fort problématique. Mais ce qu'il y a de certain, c'est que les jurisconsultes, dont les fragments nous sont parvenus, placent l'industrie à l'égal des capitaux (8) et quelquefois même au-dessus (9); c'est que les décisions abondent pour élever l'industrie au rang des apports qui balancent ou surpassent l'importance de l'argent. De là cet adage de nos vieux jurisconsultes français : « Autant « *est prisé le sens et la peine que l'argent* (10). » Adage que les Assises de Jérusalem ont sanctionné ainsi qu'il suit : « Et encore en une autre mánière peuvent les « homes faire compaignie. Car l'un des compaignons « peut mettre en la compaignie les bezans (11), et « l'autre son industrie (12); isi vaut cette compai- « gnie (13). »

121. C'est de cette espèce d'association qu'est sortie la société en commandite (14), qui de nos jours s'est livrée à de si grands développements. Nous nous en occuperons plus bas avec étendue.

122. Je viens de montrer de quels éléments se compose le fonds social.

Reste à examiner une question qui a fort agité les interprètes du droit romain et qui aujourd'hui n'est pas encore entièrement résolue; la voici (15) :

Lorsque les parties n'ont pas dit si la société devait comprendre la propriété ou seulement la jouissance des capitaux, doit-on décider que c'est la jouissance seule qui a été mise en commun, ou bien que c'est plutôt la propriété (16)?

Cette question est d'une haute importance. Si la société n'est que pour la jouissance, l'associé reste propriétaire et reprend son apport à la fin de la société; si au contraire le corps moral devient propriétaire, la chose se partage entre les associés suivant leur intérêt. On voit combien il est utile que les actes de société s'expliquent sur un point qui acquiert tant de gravité quand vient le moment du partage (17).

123. C'est surtout quand la mise de l'un des associés consiste en argent, et que celle de l'autre consiste en travail et industrie, que ce point présente un grand intérêt. L'industriel qui n'a rien fourni dans les capitaux y prendra-t-il cependant une part virile quand on partagera? Aura-t-il non-seulement la part à lui afférente dans les bénéfices, mais encore une part dans l'argent qui ne procède pas de lui?

On le voit donc : les droits du travailleur sont subordonnés à cette question : le capitaliste est-il censé avoir transféré à la société la propriété ou l'usage de son argent (18) ?

Les partisans de l'opinion qui voulait que, dans le doute, la propriété de l'argent fût présumée acquise à

(1) ULPIEN, l. 5, § 1, D. *Pro socio*.
(2) DIOCL. et MAXIM., l. 1, *C. Pro socio*.
(3) ULPIEN, l. 63, D. *Pro socio* (l. 1, 5, D. *Pro socio*).
(4) ULP., l. 5, § 1, D. *Pro socio* (l. 29, § 1, D. *Pro socio*).
(5) ULP., l. 5, § 1, D. *Pro socio*.
(6) *De societate*, § 2.
(7) DONEAU, sur la loi 1, C. *Pro socio*; NOODT, sur le D. *Pro socio*, etc., etc.
(8) CAIUS, III, 148; JUST., Instit. *de societate*, § 2; ULPIEN, l. 5, § 1, D. *Pro socio*; DIOCL. et MAXIM., l. 1, C. *Pro socio*. PLAUTE, dans l'*Asinaria*, acte I, scène III, dit :

« Pro pari datum hostimentum est, opera pro pecunia. »

(9) BALDE dit, en commentant la loi 1, C. *Pro socio* : « Ille « qui ponit operam, aliquid ponit. *Quia ipsi pecuniæ coæquale* « *esse censetur*. Nam tales operæ pretium et æstimationem reci- « piunt, et illa æstimatio et pretium loco pecuniæ subrogatur, ut « ibi dicit, l. 1, C. *Pro socio*. »
Mais ULPIEN va plus loin; voici ses termes : « *Plerumque* « enim tanta est industria socii *ut plus societati conferat quam* « *pecunia*. » (L. 29, § 1, D. *Pro socio*.)
(10) BOUTEILLER, *Somme rurale*, t. LXVIII.
(11) L'argent.
(12) L'édition italienne porte : « *Il corpo e fatica sua*. »
(13) Ch. XCIX, Assise des bourgeois (édition de FOUCHER, page 172).
(14) TOUBEAU, liv. II, tit. III, chap. III, p. 165.
(15) PARDESSUS, t. IV, no 990; DURANTON, t. XVII, no 408; MALEPEYRE et JOURDAIN, no 77. *Contrà*, DUVERGIER, no 204. Voy. no 133, un cas à noter dans les usages du commerce, à savoir, les actions industrielles.
(16) Voy. art. 1841, no 315; POTHIER, no 57.
(17) Voy. l'art. 1851, nos 580 et suiv.; ULPIEN, d'après CELSUS, l. 58, D. *Pro socio*.
(18) BALDE traite à fond cette question, contre la glose, dans son comment. de la loi 1, C. *Pro socio*, nos 13, 14, 15 et suiv. : « Tu dic secundùm Jacobum de Aretino quod non solùm *de con-* « *suetudine* sed etiam de jure est quod capitale sit salvum. Quia « enim socius debet habere pecuniam meam? Et si tu dicis quia « ponit operam, respondeo quod pretium operæ intelligitur « omne correspondens interusurio pecuniæ, non ipsi sorti. Unde « si unus ponit commoditatem pecuniæ certæ, *alter ponit com-* « *moditatem operæ, non autem proprietatem*. Finge etiam quòd « unus posuit mille millia, alter operam tantùm. Hic nulla potest « esse proportio nisi de commodis operæ ad commoda pecuniæ, « non ad ipsam totalem sortem. Prætereà istud est expressum,

la société, disaient : 1° Ce qui est mis dans une société doit être commun aux associés (1) ; or, l'argent a été apporté dans le fonds social ; pourquoi ne se partagerait-il pas entre les associés ? 2° Celui qui a apporté de l'argent ne doit pas être de meilleure condition que celui qui fournit son industrie. Car l'industrie vaut l'argent et souvent elle est plus précieuse ; or, celui qui a conféré son industrie ne la retire pas : est-il juste que le bailleur de fonds retire son capital ? Pour qu'il y ait égalité, ne faut-il pas que l'argent et l'industrie suivent la même condition ?

Ainsi raisonnaient Jean (2), Accurse, etc., etc.

Mais Balde, Alexandre, Paul de Castro, suivis par Felicius (3), réfutaient cette doctrine, et la savante rote de Gênes ne l'observait pas. Écoutons Straccha son interprète : Une société avait été contractée entre Barthélemy de Beno et Baptiste Neaterio. Le premier avait apporté 12 barils de sardines et Baptiste devait donner ses soins pour les porter en Sardaigne et en opérer la vente. Les barils de poisson salé avaient été estimés à N** livres, avec pacte que les profits seraient partagés par moitié. Baptiste ayant tardé à rendre ses comptes, Barthélemy intenta des poursuites contre lui pour la restitution de son capital entier et pour sa part de bénéfices. On fit valoir dans l'intérêt de Baptiste les raisons dont je viens de parler. Mais la rote, sans s'y arrêter, donna gain de cause au demandeur (4).

Cette jurisprudence n'était pas particulière à la rote génoise. La coutume de Bayonne, écho de cet usage général invoqué tout à l'heure par Balde, formulait le même principe (5).

Du reste, Doneau (6), Vinnius, qui rarement se sépare de ce maître (7), Fachin (8), Perez (9), Gail (10), Tulden (11), pensaient aussi que l'usage seul de l'argent était censé entrer dans la société : c'était également l'avis des théologiens. Témoin ces paroles de saint Thomas (12) : « Ille qui committit pecuniam suam « vel mercatori vel artifici per modum societatis cujus« dam, *non transfert dominium pecuniæ suæ in* « *illum*, sed remanet ejus ita quod cum periculo ip« sius, mercator de ea negotiatur, vel artifex opera« tur, et ideo sic licite potest partem lucri inde prove« nientis expetere *tanquam de re sua* (13). »

Pour soutenir ce second sentiment, Doneau, se renfermant dans l'argumentation la plus serrée, disait : En général l'industrie fournie à une société correspond, non au capital de l'argent, mais à son usage (et ceci revient à ce que Balde enseigne : *operæ et industria censentur correspondere interusurio pecuniæ et non ipsi sorti*) (14).

N'est-ce pas ainsi qu'on le comprend dans le contrat de cheptel, ou de bail à colonage (15) ? Est-ce que le capital devient commun dans ces contrats ? Est-ce que le propriétaire ne retire pas son troupeau, sa métairie ?

Et puis, qu'est-ce que la société ? Quel est son but ? N'est-elle pas une convention pour le partage des gains, et rien de plus ? Or, quand l'objet précis du contrat n'est que la communauté et le partage des bénéfices, peut-on, sans abus, aller jusqu'à rendre communs les capitaux apportés comme instruments de la société ? Ne faudrait-il pas une convention expresse pour arriver à un tel résultat (16) ?

Sans doute, la société exige une communauté de choses, pour préparer la communauté des bénéfices. Mais il n'est pas dit que ce soit plutôt la propriété que l'usage qui doit être mis en commun, et le silence des parties à cet égard doit être suppléé par la fin de la société, par sa pensée fondamentale qui est un partage de bénéfices.

Du reste, Doneau ne veut pas de l'argument qui consiste à prétendre que si l'argent était commun, il arriverait que le travailleur profiterait de cet argent sans être exposé à en rien perdre, tandis que le bailleur de fonds courrait la chance de perdre sans gagner. Doneau répond qu'à la rigueur on peut compenser le travail avec l'argent, que si l'un communique son argent, l'autre communique son travail, et qu'ainsi il peut y avoir réciprocité de chances. Mais, ceci écarté, Doneau n'en soutient pas moins que, dans le partage du fonds social, on doit prélever la mise du bailleur de fonds, parce qu'à moins de clause contraire, on est censé s'associer pour partager les gains, mais non pas les capitaux. Le capital est apporté pour servir aux opérations des associés, pour être un agent, un instrument, et pour arriver à des bénéfices par un utile emploi ; mais les fins naturelles du contrat de société ne permettent pas de supposer facilement qu'il a été aliéné par le bailleur de fonds. « Non enim con« fertur ut sit communis sociorum, sed ut ex ea ne« gotiatio exerceri possit, ad lucrum faciendum quod « deinde commune sit. »

Objectera-t-on que l'associé travailleur ne retire pas son travail comme l'autre associé retire son argent ; qu'il y a par conséquent injustice à traiter l'industrie avec si peu de faveur ? Mais quelle différence, répond Doneau, entre l'argent et l'industrie prêtés ? L'argent est de ces choses qui peuvent se rendre ; au contraire, le travail s'évanouit en s'exerçant, et il ne reste rien qu'on puisse restituer. *Opera simul atque præstita statim evanescit, nec est in rerum natura ea opera quæ reddatur.* Tout ce qui serait susceptible d'être rendu, ce serait, non le travail même, mais le prix du travail. Mais comment le travailleur pourrait-il déduire ce prix, puisque l'associé capitaliste ne déduit pas l'intérêt de son argent et le laisse en commun ?

Voici donc la conclusion du judicieux jurisconsulte :

« Ergo et usus operæ cum usu pecuniæ recte com-

« quando in societate ponitur species ex una parte, puta pecus, « et ex alia opera pastoris. Quia sola commoda et damna obve« nientia sunt communia, non autem ipsum pecus... Ut dica« mus, *quod potius in dubio intelligitur in societate positus usus* « *quam res.* »

C'était l'opinion commune ; *infrà*, n° 387 ; ALEXANDRE, *Cons.* 117, lib. I, et 131, n° 7, lib. V ; FELICIUS, *de societate*, cap. IX, n° 55.

(1) L. 1 et 2, D. *Pro socio.*

(2) JOHANNES BASSIANUS.

(3) « Quare si unus ex sociis poneret tantum operas, et alter « pecuniam, cum inter eos cesset mutua collatio, dicerem pecu« niam non fuisse communicatam, et super eâ societatem non « fuisse contractam ; sed contractam fuisse super lucro ab ipsâ « pecuniâ et operibus obventuro. » (Cap. IX, n°s 54, 55.)

(4) STRACCHA, *Decis. rot. genu.*, dec. 159.

Add. Mais dans cette espèce y avait-il société ? Voy. *suprà*, n° 31.

(5) Tit. III, art. 4 et 5.

(6) Sur la loi 1, C. *Pro socio.*

(7) *Quest. select.*, lib. 1, cap. LIV.

(8) Lib. II, cap. XCIV.

(9) Ad Cod. *Pro socio*, n° 8.

(10) Lib. II, obs. 21, n° 6.

(11) Ad Instit. *de societate*, cap. III.

(12) Quest. 78, art. 2, ad. 5.

(13) Voy. aussi *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 267.

(14) Voy. le passage précité.

(15) L. 52, § 2, D. *Pro socio* ; DONEAU, sur la loi 1, C. *Pro socio*, n° 3.

(16) DONEAU, *loc. cit.*

« pensatur, et illud socio operanti sufficere debet, quod « lucrum capit ex negotiatione; *quod lucrum facturus* « *non erat sine pecunia socii.* »

Ces raisons sont graves, du moins au point de vue de l'ancien droit, et la jurisprudence de la rote de Gênes leur prête une grande force; il faut les étudier dans l'ouvrage même de Doneau, et non dans l'exposé pâle et énervé de Fachin, pour se faire une juste idée de leur importance; alors on ne sera pas tenté de dire avec Duvergier que l'argumentation tirée de l'intention des parties n'est qu'une pétition de principe. Car si elle a une telle couleur dans Fachin, elle s'élève à la hauteur d'une logique puissante dans Doneau. C'est en effet dans les entrailles mêmes de la société que le jurisconsulte rationaliste s'efforce de creuser; c'est dans le but de ce contrat, dans sa définition (1).

Toutefois, sans ériger en principe que l'industrie n'équipolle qu'à la jouissance du capital, Grotius conseillait de consulter les circonstances, seul moyen de bien décider si les parties avaient voulu balancer le travail avec le capital de l'argent, ou seulement avec l'usage de l'argent (2). Vinnius, après bien des raisonnements, paraît incliner vers ce parti (3), qui semble encore aujourd'hui le plus sage à plusieurs de nos jurisconsultes (4).

124. En admettant aussi la grande influence des

---

(1) **Add.** Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, n° 540.

(2) De jure pacis et belli, lib. II, cap. XII, n° 24.

(3) *Loc. cit.*

(4) PARDESSUS, t. IV, n° 990.

Add. DURANTON dit en effet, n° 408 : « Lorsqu'une des parties a déclaré mettre dans la société telle chose, sans autre explication, pour savoir si c'est la propriété ou la jouissance seulement, qui y a été mise, il faut s'attacher à l'intention probable des parties; et pour la connaître, il y a à considérer l'importance de cette chose relativement à celles qui ont été apportées par le coassocié; ou si le coassocié n'a apporté que son industrie, il y a à considérer quelle était l'importance relative de cette industrie pour la durée de la société.

« Parcourons quelques hypothèses.

« Supposons d'abord que tous les associés aient fait une mise en deniers ou autres biens, en déclarant qu'ils mettaient ou promettaient de mettre dans la société, l'un tel objet, l'autre telle autre chose, un troisième une telle somme, sans autre explication, c'est-à-dire, sans déclarer que c'est en propriété ou en jouissance seulement que consistent les mises, si l'acte de société porte que les contractants auront chacun telle part (égale ou inégale, n'importe), dans les profits ou dans les pertes, il nous paraît évident que l'on n'a voulu s'associer que pour le profit ou la perte; que la jouissance seulement, et non la propriété des mises, a été commune, et, d'après cela, que chacun doit, à la dissolution de la société, retirer son apport, soit en nature, si la chose existe encore dans la société, soit la valeur, si elle a été vendue ou consommée, ou si elle a péri pour le service de la société.

« Il y aurait encore bien moins de doute, si les objets mis par chacun des associés avaient été estimés, et que les mises fussent inégales.

« Mais si le contrat est muet sur la fixation des parts, ainsi que le suppose l'article 1853, et qu'il n'y ait pas eu d'estimation des objets, ou si cette estimation s'accordait avec la somme mise par le coassocié, il faut décider que les parties sont censées avoir voulu mettre en commun la propriété même des choses, et non pas seulement leur simple jouissance. Au reste, comme dans ce cas les parts dans le fonds social sont en proportion des mises et par conséquent égales, la question n'a guère d'importance, ou du moins elle n'en a qu'une infiniment moindre que dans le cas où l'un des associés n'a apporté que son industrie, ou son industrie avec une faible mise en effets, comparativement à celle des autres. Quoi qu'il en soit, on doit tenir, dans l'espèce, que la propriété même des objets apportés par chacun des associés a été mise en commun, et par conséquent qu'il n'y a pas lieu, lors du partage, au prélèvement des mises, mais à la division du tout. La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun quelque chose, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Or, ce bénéfice ne consiste pas seulement dans des fruits ou dans les produits de l'usage; il consiste aussi dans la plus value que les choses pourront acquérir; en sorte qu'on peut dire que le droit commun, c'est la mise de la propriété des choses dans la société, et l'exception, la mise de la simple jouissance.

« Mais supposons que Paul et Pierre aient contracté société pour cinq ans, et qu'il ait été convenu que Paul y verserait 30,000 francs, et Pierre seulement 10,000 francs, avec son industrie ou son travail, ou simplement qu'il fournirait son industrie ou son travail; s'il a été dit dans le contrat que chacun des associés aura telle part égale ou non à celle de l'autre, n'importe, dans les profits ou dans les pertes, il n'y a pas non plus de difficulté dans ce cas, car il est évident que les parties ont entendu que la jouissance seulement des capitaux serait commune, puisque c'est dans les profits ou dans les pertes qu'elles ont réglé les parts, et que le fonds des mises n'est point un profit. Il y aura donc lieu au prélèvement des sommes mises par chacun d'eux ou par l'un d'eux seulement, et les bénéfices, s'il y en a, se partageront suivant les proportions convenues. Quant aux pertes, s'il y en avait, au lieu de bénéfices, nous en parlerons ailleurs.

« Et même si, dans cette espèce, le contrat était muet sur le règlement des parts, ou si, en les réglant, il ne les réglait pas dans les profits ou pertes, mais bien d'une manière générale, on devrait croire aussi que les parties n'ont pas entendu confondre les capitaux eux-mêmes, mais bien seulement mettre dans la société la jouissance de ces capitaux; car il n'est pas présumable qu'on ait évalué cette industrie à la valeur du capital apporté par le coassocié, et même à ce que celui-ci a mis de plus de fonds que l'autre. Il y a bien plus lieu de croire, en effet, que l'industrie a été comparée par les parties avec l'intérêt de la somme mise par l'une d'elles dans la société, ou avec l'intérêt de l'excédant de cette somme relativement à celle apportée par l'associé qui a mis aussi son industrie. Or, si dans les conventions l'on doit principalement s'attacher à l'intention des parties contractantes, plutôt encore que de s'arrêter au sens littéral des termes dont elles se seraient servies, à plus forte raison en doit-il être ainsi lorsque, comme dans l'espèce, les termes de l'acte sont obscurs ou insuffisants.

« Mais si l'industrie apportée par l'un des associés était évidemment de beaucoup supérieure à l'intérêt des fonds mis par l'autre ou si cette industrie et l'intérêt de la somme qu'il aurait mise aussi dans la société surpassait évidemment l'intérêt de la somme plus forte mise par l'autre associé, dans ces cas l'on devrait croire que les parties ont entendu tout confondre, et par conséquent, à la dissolution de la société, arrivée au terme convenu, ou à l'achèvement de l'entreprise, tout devrait se partager et selon les parts réglées entre elles. Par exemple, si je conviens avec un homme de la profession de tonnelier, que je lui fournirai 1000 francs, avec quoi il achètera du bois et les autres objets nécessaires à la confection des tonneaux, qu'il fournira de son côté 400 francs, et qu'il fabriquera des tonneaux que nous vendrons ensuite, et dont nous partagerons le prix, il n'y a pas lieu à prélever les mises, mais tout doit, au contraire, être partagé; car il est évident que les six cents francs que j'ai mis de plus dans la société sont la représentation du prix de la main-d'œuvre du tonnelier pour la fabrication des tonneaux, et que ce ne sont pas les intérêts seulement de cet excédant qui sont la représentation de cette main-d'œuvre.

« Nous disons toutefois, à la dissolution de la société arrivée au terme convenu, ou à l'achèvement de l'entreprise; car si, dans l'espèce, la société était venue à se dissoudre par la mort du tonnelier ou pour autre cause, avant que les tonneaux eussent été tous fabriqués, la totalité des mises ne resterait pas confondue dans la société; il y aurait lieu à établir une proportion à raison du nombre des tonneaux qui seraient faits, et de la matière déjà travaillée pour fabriquer le surplus.

« Dans les sociétés de commerce, les mises sont rarement con-

faits, je crois cependant qu'il y a quelques notions doctrinales qui doivent en diriger l'interprétation ; et si, sous l'ancien droit, j'eusse probablement partagé l'avis de Doneau, sauf les circonstances, je trouve dans le code civil des dispositions qui m'en éloignent. En effet, dans les bases comparatives du calcul de Doneau, il y avait un fait qui lui donnait beaucoup de puissance. On pensait autrefois que l'associé bailleur de fonds, qui ne faisait entrer dans la société que la jouissance de son capital, en avait le risque ; qu'ainsi, si l'industriel n'entrait pas en partage du capital, du moins il avait l'avantage de n'avoir rien à supporter dans la perte de ce même capital, lequel périssait tout entier pour son propriétaire.

---

fondues quant à la propriété, et même le plus souvent chaque associé retire annuellement les intérêts de sa mise, quand la société a suffisamment de fonds pour ces opérations, et on évalue à une certaine somme annuelle l'industrie de l'associé gérant. »

Malepeyre et Jourdain disent dans le même sens, n° 77 : « Dans ces cas d'incertitude, la meilleure règle à suivre c'est de comparer cet apport avec ceux des autres associés. Si cet apport, eu égard à la part que la convention accorde à cet associé, est bien supérieur à celui des autres associés, et que la jouissance seule de cet apport soit équivalente à ce qu'ils ont eux-mêmes apporté, il faut décider que l'usufruit seul a été mis en société, à moins toutefois que l'inégalité des mises ne fût compensée par l'inégalité de l'industrie. Ainsi, lorsque l'un des associés apporte des capitaux et l'autre seulement son industrie, et qu'il y a incertitude sur les conventions des parties, il serait souvent injuste de considérer l'argent apporté, qui peut s'élever à une somme considérable, comme capital social, et d'attribuer par conséquent une part à l'industriel, dans une somme qui ne provient pas de la collaboration commune.

« Il faut examiner si l'associé qui a apporté les capitaux a entendu donner une part à son associé dans les fonds qu'il a versés, ou seulement dans les profits qui résulteront de l'usage de l'argent et du travail. Il y aurait souvent de l'iniquité à considérer le capital comme représentant le travail. Le meilleur moyen de juger est de mettre en parallèle le travail d'une part, et le capital ou la jouissance de ce capital d'autre part ; si chaque associé a une part égale dans les bénéfices, et que le travail puisse être évalué à mille francs et que le capital apporté soit à peu près égal à cette somme, il faudra décider qu'il fait partie du fonds social ; mais si le travail était évalué à 600 francs et que le capital fût de 10,000 francs, comme, en supposant l'intérêt de l'argent à 6 pour cent, on arriverait avec la jouissance seulement à un apport égal à celui de l'industrie, il faudrait décider que la jouissance seule du capital a été mise en société. »

Pardessus, après avoir attribué à la société en propriété les choses acquises depuis la société et par elle, enseigne, n° 990, ce qui suit : « Il ne pourrait donc y avoir d'incertitude que lorsque les mises sociales consistent en choses qui, avant la convention, appartenaient aux associés, ou qu'ils se sont obligés individuellement à acheter, pour conférer en société.

« Ainsi, deux voituriers peuvent former une société pour opérer des transports. S'il est clairement établi qu'ils ont mis en commun la propriété de ces objets, la perte est pour la société. Il en est autrement s'ils sont convenus qu'ils fourniraient chacun l'usage de *tant* de chevaux et de *tant* de voitures ; la perte des chevaux et des voitures sera pour le compte de celui qui les a fournis, à moins qu'elle n'arrive par la faute de quelque préposé dont la société serait responsable, comme tout maître l'est des gens à son service ; mais ce cas particulier n'apporterait aucun changement au principe.

« Il est rare que la nature des choses mises en société, ou la convention des parties, ne donnent pas moyen de lever les incertitudes. Ainsi, lorsqu'on met en société des objets qui se consomment par l'usage et ne peuvent produire qu'en les faisant circuler, tels que les denrées, l'argent, etc. ; lorsque des choses qu'on ne peut ranger dans cette classe sont apportées par chaque associé pour composer le fonds d'un commerce qui consistera dans leur débit, ou enfin lorsque, en absence d'une convention, les associés les ont inventoriées et estimées, ils ont fait suffisamment connaître qu'ils entendaient que la société pût vendre ce que chacun avait apporté sans ces conditions, et par conséquent qu'elle en court les risques.

« On peut encore se décider d'après le but que les associés se proposent. Ainsi, lorsque deux marchands de chevaux s'associant pour une entreprise de remonte de cavalerie, et conviennent de mettre en société les chevaux de leurs écuries, la présomption est qu'ils ont mis la propriété en commun ; au contraire, lorsque deux voituriers s'associent pour opérer des transports, et mettent leurs chevaux ou équipages en société, la présomption est qu'ils n'ont entendu mettre en commun que l'usage de ces objets.

« Par suite de ces principes, si un associé apporte l'usage d'un brevet d'invention qui lui a été accordé pour dix ans, et que dès la seconde année le gouvernement, par une mesure d'intérêt public, ou par un acte d'autorité que cet associé n'aura point occasionné, lui enlève son privilége exclusif et ordonne la publication de la découverte, cette perte causée par force majeure nous semble devoir être pour le compte de la société ; et si les opérations dont elle se compose peuvent subsister nonobstant cette privation, l'associé dont la mise a péri de cette manière doit continuer d'y exercer ses droits de la même manière que si la mise eût consisté dans une maison que le feu du ciel aurait détruite.

« Plus il y a de différence entre la mise de la propriété et celle des produits ou profits d'une chose, plus il faut rechercher l'intention des contractants. Lorsqu'on ne pourra s'éclairer par les termes de la convention, lorsque, examinant le but que se proposaient les parties, on verra qu'elles pouvaient indifféremment mettre en société la propriété ou l'usage des choses, la manière dont elles ont opéré, ou les bases d'après lesquelles les profits ou pertes doivent être partagés, les circonstances, les usages et tous autres moyens dont les tribunaux peuvent se servir pour s'éclairer, seront autant de bases pour asseoir une décision. »

Duvergier arrive à la même conséquence que ces auteurs, mais auparavant il réfute en ces termes l'opinion de Fachin : « Fachin, après avoir cité les auteurs qui ont pensé que l'argent entrait pour la pleine propriété dans la société, et ceux qui sont d'un avis différent, enseigne que cette dernière opinion doit être suivie. Il se fonde sur ce qu'en pareil cas l'intention des associés ne paraît pas avoir été de mettre en commun la propriété même de l'argent ; qu'il est présumable, au contraire, qu'ils n'ont voulu faire entrer dans la société que l'usage et la jouissance, comme le décide la loi *Cum duobus*, § 2, ff. *Pro socio*, pour celui qui s'est chargé de cultiver un champ et qui a formé pour cela une société avec le propriétaire. Il ajoute qu'il entend le contrat en ce sens, que l'usage, c'est-à-dire les avantages et l'utilité qui peuvent résulter, d'un côté de l'industrie, et de l'autre de l'argent, sont rendus communs entre les associés, mais non l'argent même ; car, dit-il, il y aurait une souveraine inégalité entre les associés, si, à la fin de la société, il ne restait que les capitaux formant la mise de l'un d'eux. D'abord, celui-ci perdrait la moitié de son argent ; en second lieu, ses fonds seraient restés oisifs et il n'en aurait retiré aucun fruit, tandis qu'il aurait pu s'en procurer facilement, en les plaçant en acquisitions de champs ou d'autres choses semblables. Au contraire, l'autre associé n'éprouverait presque aucune perte, puisqu'il recevrait la moitié de l'argent mis en commun.

« Ces raisons ne sont pas d'une grande force.

« D'abord, dire qu'il ne paraît pas que l'intention des parties ait été de mettre en commun la propriété même de l'argent, c'est poser en principe précisément ce qui est en question.

« En second lieu, la loi 52, ff. *Pro socio*, § 2, est bien loin d'être décisive ; elle prévoit des cas particuliers, où la condition de l'un des associés et l'espèce de travail auquel il s'oblige révèlent l'intention de ne pas mettre en société la propriété du champ ou du troupeau qui forme la mise de l'autre.

« Enfin, quant à l'injustice du résultat que Fachin cherche à faire ressortir, on peut répondre, avec les docteurs (Accurse,

Mais (faisons-y bien attention) l'art. 1851 renverse cette distribution de la perte ; il veut que le capital dont la jouissance a été mise dans la société périsse pour elle, de telle sorte que l'associé bailleur de fonds reste créancier de ce qu'il a apporté. Il suit de là que l'industriel qui, d'après le système de Doneau, ne devra jamais rien prendre dans le capital, doit, dans celui du code civil, contribuer pour sa part à en réparer la perte.

Ceci me paraît grave, et les combinaisons de Doneau me semblent devoir en éprouver un notable dérangement (1). Lorsque l'industriel, qui ne prend aucune

---

Bartole et Covarruvias) dont il combat les arguments, que le sort des associés ne serait pas équitablement réglé, si l'on excluait de la société la propriété des capitaux ; car l'un des associés perdrait entièrement son travail et son industrie, tandis que l'autre retrouverait son argent.

« Facchin conteste que cette combinaison mérite le reproche qu'on lui adresse ; il n'y voit point d'inégalité. « Cela est clair, « dit-il ; celui qui a fourni son industrie éprouve un dommage, « en ce qu'il a travaillé inutilement, qu'il n'a reçu aucun émolu- « ment, tandis qu'il en aurait peut-être obtenu s'il eût loué son « industrie. Celui qui a apporté son argent éprouve aussi une « perte, en ce qu'il l'a apporté inutilement, qu'il n'en a rien re- « tiré, lorsque cependant il en aurait peut-être retiré quelque « profit, s'il l'avait employé à d'autres usages. De cette manière, « si je ne m'abuse, les droits des associés sont égaux. »

« Cette argumentation est vicieuse ; elle est fondée sur une comparaison entre choses qui ne sont pas de même nature ; elle applique un même procédé, pour apprécier des objets formés d'éléments différents. La propriété d'une chose corporelle se décompose en jouissance et en nue propriété ; la perte de l'une n'emporte pas la perte de l'autre ; l'associé qui a engagé son argent, peut perdre les intérêts et retrouver son capital à la fin de la société. Au contraire, si l'action d'un travailleur a été inutile et n'a produit aucun fruit, que lui reste-t-il ? Rien. C'est donc une pure subtilité que de dire : « L'un perd le prix du louage « de son travail, comme l'autre le prix du louage de ses capi- « taux ; par conséquent les chances sont égales, le sort est le « même. »

« Pour arriver à une solution raisonnable et juridique, il faut poser la question en ces termes : L'industrie de l'un des associés est-elle l'équivalent de l'argent de l'autre en toute propriété, ou n'est-elle que la représentation de la jouissance ?

« L'importance des capitaux, la nature de l'industrie, une foule de circonstances qu'il est impossible de prévoir, détermineront les juges à adopter l'une de ces deux opinions. Mais on ne doit pas poser comme règle générale d'interprétation des contrats de société, que, lorsque la mise de l'un consiste en industrie, l'argent de l'autre n'est engagé que pour la jouissance. C'est au principe opposé que, dans le doute, il serait convenable de s'attacher ; car, on l'a vu, la présomption légale est que les choses qui composent les mises sont apportées à la société, en toute propriété.

« Pothier n'a pas suivi l'opinion dominante de son temps ; il exprime, sans paraître croire que la chose soit douteuse, que la mise en argent entre dans la société, comme la mise en industrie, pour la pleine propriété.

« Il dit, en effet, que l'associé bailleur de fonds ne peut prélever son capital, qu'autant qu'une clause expresse l'y autorise.

« Voici le passage :

« Lorsqu'un marchand contracte avec un artisan une société, « à laquelle l'artisan n'apporte que son travail, que je suppose « valoir cent écus, et que le marchand apporte une somme de « mille écus, soit en argent comptant, soit en marchandises, *à « la charge de la prélever au partage de la société*, qui doit durer « un an, il ne faut pas, en ce cas, pour supputer ce que chacun a « apporté à la société, et fixer en conséquence les parts que chacun « de ces associés devra avoir dans les profits, dire que l'artisan « a apporté une somme de cent écus, à laquelle est estimé son « travail, et le marchand mille écus ; et qu'en conséquence le « marchand doit avoir pour sa part dix onzièmes, et l'artisan un « onzième seulement : car, ce n'est pas la somme de mille écus « que le marchand apporte à la société ; il n'en apporte que l'u- « sage pendant l'année que doit durer la société, *puisqu'il la « doit prélever*. Il ne faut donc compter pour ce que le mar- « chand est censé avoir apporté à la société que la valeur de « l'usage de cette somme, que Pufendorf croit devoir être éva- « luée à l'intérêt ordinaire de l'argent. Suivant ce principe, le « marchand, dans l'espèce proposée, sera censé avoir apporté « seulement à la société la somme de cent cinquante livres, et « ne devra avoir par conséquent que le tiers dans le profit de la « société.

« Il en sera autrement, *si le marchand ne s'est pas réservé de « prélever cette somme*. Ayant en ce cas apporté à la société *cette « somme et non pas seulement l'usage de cette somme*, il n'est « pas douteux qu'il devrait, dans l'espèce proposée, avoir les dix « onzièmes, tant dans le fonds que dans les profits de la société, « et l'artisan seulement un onzième. »

« Lorsque celui qui apporte son industrie y joint quelques capitaux ou d'autres objets matériels, il y a une raison de plus pour penser que la mise en argent de l'autre associé n'est pas conférée à la société pour la jouissance seulement.

« Sans doute on a singulièrement abusé, surtout dans ces derniers temps, de ce qu'il y a d'arbitraire dans l'appréciation des apports industriels, et souvent les associés bailleurs de fonds ont été victimes de fraudes odieuses. Lorsque ceux-ci fournissaient des capitaux, des valeurs réelles, les autres n'apportaient qu'une découverte insignifiante, un procédé sans utilité, une combinaison sans effet et quelquefois ruineuse, une activité improductive. Il est vrai que, si les mises en argent n'entraient dans la société que pour la jouissance, ceux qui les auraient fournies ne seraient pas exposés à voir l'associé porteur d'une prétendue industrie prendre comme eux sa part dans le fonds social, au moment de la liquidation : ils prélèveraient du moins tout ce qui aurait échappé au désastre. Mais aussi, lorsqu'une véritable industrie aura fécondé les capitaux mis en commun, leur aura fait produire des dividendes considérables ; lorsque le travail d'un associé aura décuplé les valeurs appartenant aux autres ; lorsqu'il sera certain qu'il y a eu un apport en intelligence, infiniment supérieur à l'apport en objets matériels ; ne serait-il pas souverainement injuste que l'associé à qui la société devrait sa fortune fût plus mal traité que les autres, et qu'il n'eût point des droits égaux aux leurs !

« D'ailleurs, l'apport en industrie n'est pas le seul dont l'appréciation puisse donner lieu à des erreurs ou à des fraudes. Il y a beaucoup d'objets matériels, et notamment les mines, dont il est à peu près impossible de déterminer le véritable prix. « On « pourrait citer, dit Vincens (*Des sociétés par actions*, p. 47), des « exemples malheureusement notables de mécomptes énormes. « Une société n'a pu se former, parce que l'estimation d'un ap- « port n'a pas décidé s'il valait 300,000 francs ou 1,200,000 francs. « Mais d'autres sociétés se sont réalisées, et au premier revers « les objets évalués sur les expertises les plus régulières, se sont « trouvés sans valeur. » Faudrait-il donc décider également que lorsque des objets matériels, difficilement appréciables, composeraient l'apport d'un associé, les capitaux qui formeraient la mise de l'autre n'entreraient dans la société que pour la jouissance, et qu'à l'époque de la liquidation ils seraient prélevés sur la masse ? Il n'est pas possible d'introduire ainsi dans le sort des différents associés des inégalités qui, justes en quelques occasions, seraient souverainement iniques dans d'autres.

« Je sortirais des limites dans lesquelles je dois rester, si je m'occupais ici d'apprécier les divers systèmes qui ont été proposés, pour prévenir ou réprimer les fraudes. Je dirai seulement que dans la plupart, et surtout dans le projet de loi présenté récemment aux chambres, on a sacrifié bien légèrement à la crainte du dol, les ingénieux procédés qui seuls peuvent créer de grandes masses de capitaux et les livrer à l'activité commerciale. » (N°s 204, 205.)

(1) *Infrà*, n° 587, l'interprétation de l'article 1851 et l'ancien droit, sur la perte du capital dont la jouissance seule avait été mise en société.

part dans le capital, est exposé à en supporter la perte, on sera moins enclin à adopter l'interprétation qui le place dans la condition la plus rigoureuse (1).

Au surplus, nous nous réservons d'examiner plus bas ce qui concerne le droit des actions industrielles (2).

125. Nous venons de traiter la question par rapport à l'industrie unie aux capitaux.

Lorsque les mises respectives consistent en capitaux, elle doit recevoir la même solution. Du reste, elle ne présente qu'un médiocre intérêt. En effet, le capital social devant se partager suivant les mises, il importe peu que chaque associé retrouve son apport par le moyen d'un partage, ou par le moyen d'un prélèvement. Pierre a apporté 100,000 francs dans une société; la mise de Paul n'est que de 50,000 fr. Qu'il y ait simple apport de jouissance, ou apport de propriété, le résultat sera le même. Pierre et Paul se trouveront toujours dans la proportion de 50,000 à 100,000 fr. Cependant quelques auteurs sont d'avis que, dans ce cas, il y a invariablement transport de la propriété à la société (3); et leur argument est pris de la mutuelle collation de choses homogènes, laquelle fait supposer une intention de se communiquer la propriété et la jouissance (4); c'est une raison comme une autre, et quand bien même on la considérerait comme peu décisive, j'avoue qu'elle me paraîtrait plus déterminante que celle de Duranton, qui se borne à insister sur ce que la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes mettent *quelque chose en commun* (5). Eh! sans doute; mais qu'est-ce que ce quelque chose? Est-ce l'usage de la chose ou la chose même? Est-ce que l'usage n'est pas un *quelque chose* qui satisfait aux exigences de l'art. 1832? Pour moi, en me rappelant les doctrines de Doneau (6), je serais bien plus tenté de croire que la définition de la société va plus contre la conclusion de Duranton (7) qu'à son appui.

126. Simplifiée au numéro précédent, la question deviendra plus complexe quand les apports seront de capitaux, de corps certains, et aussi d'une part d'industrie. Dans une société, l'un apporte de l'argent, l'autre une maison, le troisième de l'argent et son industrie. L'embarras viendra alors de ce que l'on ne pourra pas faire pour le corps certain, dont la jouissance seule aurait été mise en société, le raisonnement que nous faisions au n° 124 pour l'argent dont on voudrait que la jouissance seule eût été conférée; le corps certain périt en effet pour l'associé qui s'en est réservé la propriété.

Toutefois, les présomptions voulant que l'argent soit censé mis pour la propriété, il est raisonnable de penser que celui qui a apporté sa maison n'a pas entendu se mettre dans une position à part, et que s'il eût voulu n'apporter que la simple jouissance, il en aurait fait la déclaration expresse (8).

127. Toute société, avons-nous dit au n° 4, suppose une communion nécessaire (9), et ce sont les mises qui forment cette communauté, instrument inséparable de la société.

Mais à quel moment commence la communauté? Quand la société est-elle censée propriétaire de l'apport?

Nous discuterons ces questions sous l'art. 1843 du code civil (10).

128. Les apports sociaux réunis composent ce qu'on appelle le capital social, lequel reste *en commun* (ainsi que le dit l'art. 1832) pendant la durée de la société. Néanmoins, il arrive souvent que les associés conviennent, lors de la formation des sociétés civiles ou commerciales, que ce capital sera divisé par actions. Cette combinaison ingénieuse consiste à partager le fonds social en un certain nombre de fractions égales, qui, ajoutées ensemble, donnent le total de ce même fonds. Chaque associé est investi d'un nombre d'actions correspondant à son intérêt dans l'affaire, et chacune de ses actions représente une part dans le capital de la société (11). Tandis que la propriété des meubles et immeubles qui forment ce capital repose, pendant la durée de la société, entre les mains de l'être fictif qu'elle constitue, le droit des associés, réduit, en attendant, au partage des bénéfices annuels et à l'expectative du partage final, est formulé dans des titres individuels dont on les rend porteurs, et qui, susceptibles de négociation par vente ou autrement, représentent une valeur mobile et sont sujets à la hausse ou à la baisse qu'engendre la spéculation.

L'un des principaux avantages de cette création de titres négociables, c'est de permettre aux associés de céder leurs droits facilement et sans frais, et de mettre en circulation des valeurs qui autrement resteraient en dehors du mouvement industriel.

129. Mais d'où vient l'idée de diviser un capital social par actions? Quelle est l'époque à laquelle elle a fait son entrée dans le droit français? Est-elle d'origine étrangère ou française? J'ai traité ces points dans la préface de cet ouvrage.

130. Non-seulement on peut diviser le capital social par actions, mais on peut diviser les actions elles-mêmes en coupons d'actions d'égale valeur (art. 34 du code de commerce).

131. L'associé n'est mis en possession de son action qu'autant qu'il a versé le montant de sa mise. Mais il arrive très-souvent que, pour ménager les facultés des actionnaires, on divise en plusieurs termes le payement de chaque action : par exemple, un premier quart est stipulé payable comptant au moment de la souscription; les trois autres quarts ne sont exigibles que plus tard, d'époques en époques diversement échelonnées. Tant que l'action n'est pas entièrement libérée, on ne délivre aux actionnaires qu'un titre provisoire, connu sous le nom de *promesse d'action*. Quand la valeur entière est versée, on échange

(1) Le code de comm. portugais, art. 551, porte : « Les fonds versés dans une société sous raison sociale sont considérés, à dater de l'époque du contrat, *comme propriété commune* à tous les associés, dans l'intérêt de la société. » (Confér. de M. Saint-Joseph, p. 8.)

(2) N°s 151, 135.

(3) Socin, cons. 265, n° 2, lib. V; Felicius, cap. IX, n° 51.

(4) « Dicerem, dit Felicius, *intercveniente mutuâ collatione*, fuisse inductam communionem et societatem, etiam in pecuniâ. » (Cap. IX, n° 54.)

(5) T. XVII, n° 408.

(6) *Suprà*, n° 122.

(7) **Add.** Voy. cette opinion ci-dessus, p. 54, note 4.

(8) **Add.** Voyez ci-dessus, n° 123, p. 54, note 4, l'opinion de Duranton.

(9) Felicius, cap. IX, n° 42.

(10) *Infrà*, n°s 521 et suiv.

(11) D'Aguesseau, *Mémoire sur le commerce des actions* (t. X, p. 176, art. 1, n° 6) : « Une action dans une compagnie de commerce est la même *chose qu'une part dans une société*, qui *donne le droit à partager*, à proportion des fonds qu'on y met, les profits certains ou incertains de la compagnie. »

Voet : *Actio seu pars societatis*; ad pandect., *de hæred. vel actione vendità*, n° 9; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Action, Actionnaires*, § 1, p. 103; voy. *infrà*, n° 971.

la promesse d'action contre l'action, qui est le titre définitif (1).

132. On distingue plusieurs sortes d'actions, dont les noms viennent de l'usage, et non de la science ou de la loi. Aussi ce vocabulaire n'a-t-il rien de classique, et tout le monde n'en a pas la clef.

Il y a les actions de *capital* et les actions *industrielles*;

Les actions *payantes* et les actions *non payantes*;

Les actions de *jouissance* ou d'*usufruit*;

Les actions de *fondation*;

Les actions de *prime*.

133. Les actions de capital sont celles dont le montant a été versé en argent ou en valeurs mobilières ou immobilières; elles ont droit, sur le fonds social qu'elles représentent, à une part proportionnelle à leur valeur; elles ont un droit semblable sur les produits.

Les actions industrielles sont celles qui représentent le capital industriel, et dont la valeur a été fournie par l'apport de l'industrie des travailleurs (2).

Presque toujours deux stipulations accompagnent la création des actions industrielles.

La première, c'est que les actions, dont le capital consiste dans un travail nécessaire à la marche de la société, resteront déposées pendant toute la durée de la société, afin que l'entreprise ait une garantie contre le refus des actionnaires travailleurs de continuer leur concours.

La seconde, c'est que les actions industrielles ne donnent lieu qu'au partage des bénéfices, et que les porteurs ne viendront pas au partage du capital (3). Mais cette clause est purement précautionnelle. La seule création d'actions industrielles, distinctes des actions de capital, suffit pour prouver que l'on n'a pas voulu faire à l'industrie la même part qu'aux capitaux. Le nom de ces actions exprime énergiquement en quoi elles diffèrent, de droit, les unes des autres; il montre, quo dans l'intention des parties, l'industrie a été suffisamment récompensée par le partage des bénéfices et qu'elle ne peut rien prétendre dans les capitaux (4).

134. Du reste, nous n'entendons pas dire que l'industrie n'ait jamais droit qu'à des actions inférieures aux actions de capital. Rien n'empêche de la récompenser par des actions de capital, quand son importance est telle qu'elle peut balancer la valeur des capitaux; et c'est ce qui arrivera presque toujours alors que la société ne reconnaîtra que des actions de capital toutes égales en droit (5). Nulle différence alors entre l'apport en capital et l'apport en industrie. Mais ce que nous voulons exprimer, c'est que quand le contrat fait deux classes d'actions, actions de capital et actions industrielles, il marque par là une inégalité entre les apports; il met le capital industriel dans une condition différente du capital mobilier et immobilier; il sauve ce dernier du concours des associés travailleurs; il compose deux masses d'apports, qui restent séparées et différemment affectées.

135. Les actions payantes sont celles dont le montant a été payé en écus par les associés qui apportent leurs capitaux. Les actions non payantes sont celles qui sont données à un industriel pour prix de l'apport qu'il fait de son brevet, de sa découverte, de son invention, de son idée.

136. Par opposition aux actions de capital et aux actions industrielles qui représentent le fonds social, on appelle *actions de jouissance* celles qui ne représentent rien, mais qui sont destinées à remplacer les actions de fonds, quand ces dernières seront éteintes par voie d'amortissement. Le but de leur création est de rembourser en capital et intérêts les actions primitives, et de mettre à leur place des actions donnant un droit égal, sans distinction d'origine, à la jouissance des produits de la société, et même, quand la société se liquide, à la propriété des valeurs actives.

Quelquefois aussi, par une autre combinaison, la valeur de l'apport se paye, portion en actions de capital, portion en actions de jouissance, qui n'ont de droit qu'après le remboursement de toutes les actions de capital.

Ces droits peuvent être égaux aux droits des autres actions lorsqu'ils sont à la fois sur les produits et la propriété des choses mises en société; ils sont inégaux lorsqu'ils reposent seulement sur les produits, et non sur la propriété.

137. Les actions de *fondation* sont celles que l'on attribue aux fondateurs pour représenter leur apport.

138. Par actions de *prime* on entend celles dont les fondateurs font le sacrifice en faveur de ceux qui ont concouru à organiser la société ou promettent leur concours pour la faire réussir. Cette opération, étant étrangère à la société, n'influe en rien sur la nature des actions.

139. Les différences qui existent entre les actions de capital et les actions de jouissance, de fondation, d'industrie, ont conseillé de diviser la totalité des actions en deux séries : la première, qui comprend les actions de capital; la seconde, qui comprend les autres. Chaque action porte le numéro de sa série, en sorte que toute confusion est impossible, et qu'un simple coup d'œil suffit pour empêcher les méprises fâcheuses dans lesquelles on pourrait faire tomber les tiers et la société elle-même, en substituant, l'une à l'autre, des actions dont les prérogatives sont inégales.

---

(1) *Infrà*, no 156.

(2) *Infrà*, no 467, ce qui regarde la création d'actions industrielles dans les sociétés anonymes.

(3) *Suprà*, no 124.

(4) VINCENS, *Des sociétés par actions*, p. 41; MALEPEYRE et JOURDAIN, no 329.

Add. Où ils disent : « En conséquence, dans ce cas, à la dissolution de la société, les porteurs d'actions de capital reprendront le capital de leur action, et ceux qui auront fourni leur industrie en recouvreront le libre exercice. Si, le capital prélevé, il reste des bénéfices, ils seront partagés entre les porteurs d'actions de capital et les porteurs d'actions industrielles, en proportion du nombre de leurs actions; si, au contraire, il résultait des stipulations de l'acte de société, que l'on a entendu former de la valeur donnée à l'industrie pendant le temps qu'elle doit être fournie, un capital déterminé que l'industriel est censé avoir versé à l'instant, pour payement du capital de son action, une portion du capital fourni en numéraire sera affectée au payement de l'industrie; et à la dissolution le porteur d'actions industrielles aura droit au partage des bénéfices et du capital. Le défaut de division des actions en actions industrielles et de capital, établira toujours une présomption qu'on a voulu les confondre et donner les mêmes droits à tous les actionnaires; en effet, la manière dont a été fourni le capital de l'action n'étant pas indiquée par le titre, il est impossible de constater quelles sont celles qui représentent l'industrie, surtout lorsqu'elles sont passées dans les mains d'un tiers, et par conséquent il est impossible de refuser d'admettre au partage du capital certaines actions, et d'en repousser les autres. Au surplus, la solution de cette question dépendra toujours des stipulations de l'acte de société et des circonstances. »

(5) MALEPEYRE et JOURDAIN, no 329.

Add. Voy. la note qui précède.

140. Voyons maintenant de plus près quelle est la vraie nature de l'action dans une société (1).

Nous avons dit plusieurs fois que, pendant la durée de la société, l'être moral est censé propriétaire, et que néanmoins il n'était pas possible de séparer absolument de la personne des associés une idée de copropriété (2). L'action est cette idée de copropriété organisée et mise en mouvement à côté de la propriété sociale. Elle concilie les avantages d'une division par tête, avec la nécessité d'un fonds commun inséparable de toute société.

J'ai prononcé le mot de *division*. Ce n'est pas une expression figurée; c'est l'expression propre et légale; c'est celle qu'emploient les art. 34 et 38 du code de commerce; quoique au premier coup d'œil la société et la division semblent s'exclure, néanmoins, la réflexion fait bientôt comprendre leur marche parallèle et combinée. Le droit des actionnaires a sans doute pour première origine la copropriété des mises. Sans cette copropriété il n'existerait pas. Mais la transmission du capital social à l'être moral a transformé ce droit des actionnaires en une propriété distincte (3); tellement que l'action est toujours un meuble, quand bien même les choses mises en commun seraient des immeubles (4) : résultat remarquable et digne de méditation! Il est donc certain que la qualité de l'action n'est pas impressionnée par la qualité des apports, et que la copropriété ne communique pas sa nature à l'action. Eh bien! de même que l'action est dans une classe de biens, tandis que les apports sont dans une autre; de même l'esprit conçoit que, par une nouvelle différence, les actions peuvent se lier à une opération qui tient du partage, quoique les apports restent unis et confondus sur la tête de la société. En un mot, un échange s'est opéré entre la société et les sociétaires. Pour prix du capital social qu'elle a reçu, la société a délivré des valeurs d'une nature différente de ce capital, quoique tirant de lui leur garantie et leur crédit.

Voilà un premier point qui me paraît certain. Il en est un autre qui n'est pas moins clair. On a dit quelquefois qu'une action ne constitue qu'une créance contre la société : ceci manque d'exactitude. L'actionnaire est plus qu'un simple créancier. Le droit d'un créancier ne varie pas suivant que le patrimoine du débiteur augmente ou diminue; il demeure invariablement tel que la convention l'a fixé; au contraire, le droit de l'actionnaire s'élève ou s'abaisse à mesure que le fonds social s'enrichit ou s'appauvrit (5). C'est que, bien que la copropriété de l'actionnaire soit momentanément interceptée par l'être moral, elle est cependant destinée à se révéler, lors du partage, dans sa réalité la plus énergique. Or, il est impossible de ne pas tenir compte de cette circonstance, quand on veut mettre le droit de l'actionnaire en regard d'autres droits avec lesquels il a de l'analogie. La fiction ne doit pas étouffer entièrement la vérité (6).

Ainsi, la copropriété se retrouve en deux temps face à face de l'action : une première fois comme cause, une seconde fois comme fin. Comme cause, elle n'exerce pas de réaction sur la qualité de l'action, puisque l'action est meuble quand même la copropriété d'où elle sort porterait sur des immeubles; comme fin, elle a une influence certaine sur l'action; car, sans elle, l'action ne serait qu'une simple créance, au lieu qu'elle est réellement une part dans la société, *pars societatis* (7).

Telles sont les idées qu'il faut allier les unes aux autres pour se faire une juste opinion de la théorie de l'action.

Au surplus, la fiction de la loi qui donne à l'action le caractère de meuble quand bien même la société serait propriétaire d'immeubles, cette fiction, dis-je, n'existe qu'à l'égard des associés et tant que dure la société. Car les immeubles appartenant à l'entreprise sont toujours immeubles à l'égard des créanciers de ces compagnies; ils reprennent même leur caractère à l'égard des associés, lorsque, la société étant dissoute, il s'agit d'en opérer le partage (8).

Enfin, il arrive quelquefois que la loi, dans l'intérêt d'une société privilégiée à cause des services qu'on attend d'elle, autorise l'immobilisation des actions. C'est ce qu'a fait un acte du gouvernement du 16 janvier 1808 pour les actions de la banque de France. Les actions ainsi immobilisées sont susceptibles de priviléges d'hypothèques et soumises aux mêmes conditions que les immeubles (9).

Mais revenons aux actions meubles par détermination de la loi.

141. La régie de l'enregistrement, se fondant sur ce que les actions ne sont meubles qu'à l'égard des associés, a prétendu que la fiction devait cesser à l'égard des tiers, acheteurs d'actions, et que la cession d'actions, dans les sociétés propriétaires d'immeubles, est passible du droit de vente immobilière. Mais la cour de cassation, aussi attentive à maintenir les droits de la régie qu'à réprimer, par des arrêts sévères, les écarts de son zèle fiscal, a proscrit cette prétention exagérée, par plusieurs arrêts, et notamment par un arrêt du 14 avril 1824, relatif à la vente d'une action sur le canal de Briare, à l'occasion de laquelle la régie avait indûment perçu le droit de vente immobilière (10).

142. Une autre prétention a été élevée par la régie; c'est que le caractère donné à l'action par la détermination de la loi n'a pas lieu lorsque l'immeuble mis en société compose à lui seul l'actif social (11); le prétexte mis en avant, c'est qu'alors l'immeuble est

(1) *Infrà*, n° 971.
(2) *Suprà*, n° 70.
(3) *Infrà*, n° 971.
(4) Art. 529 du code civil; GRENIER, *Hypothèq.*, t. I, n° 163; PARDESSUS, t. IV, n° 991; CHAMPIONNIÈRE, t. III, n° 2765; TREILHARD, *Exposé des motifs* (FENET, t. XI, p. 37).
(5) PARDESSUS, t. IV, n° 995; CHAMPIONNIÈRE, tome IV n° 3684.
(6) *Suprà*, n° 70.
(7) VOET, *Actio seu pars societatis*, de hæred. vel act. vend., n° 11; D'AGUESSEAU, *Mémoire sur le commerce des actions*, art. 1, n° 6, t. X, p. 176; MERLIN, *Quest. de droit*, aux mots *Actions*, *Actionnaire*.

Add. Sur la portée de l'art. 529 du code civil, voy. ce qui a été dit dans notre *Commentaire des commentaires du domaine de propriété*, par PROUDHON, n° 204 et suiv.

(8) TREILHARD, *Exposé des motifs* (FENET, t. XI, p. 37), et art. 529, code civil.
(9) MALEPEYRE, n° 341; E. PERSIL., p. 155.

Add. Voy sur cela notre *Commentaire des commentaires du domaine de propriété*, par PROUDHON, n° 197 5°, 6°, 7°, et 234.

(10) CHAMPIONNIÈRE, t. IV, n° 3683, donne ces arrêts. Je renvoie au livre de cet auteur pour ce qui concerne le droit fiscal et l'exposé des prétentions élevées par la régie. Son ouvrage présente à cet égard beaucoup d'intérêt et d'utilité. T. IV, n° 3682 et suiv.

Add. Nous avons rapporté cet arrêt dans notre *Commentaire des commentaires du domaine de propriété*, par PROUDHON, n° 204, note 3.

(11) Il s'agissait d'un moulin mis en société pour la mouture des céréales.

moins une dépendance de la société (ainsi que le veut l'art. 529) que la propriété même, gérée dans un intérêt commun par une administration, et que, dès lors, ce serait forcer le sens de l'art. 529 que de lui faire mobiliser momentanément un immeuble dont le caractère se dessine si nettement dans sa réalité et en dehors de toute fiction.

Ce système ne me paraît pas admissible (1). Ce que l'art. 537 appelle immeubles dépendant d'une société, c'est précisément ceux qui entrent dans le fonds social. Peu importe que l'immeuble soit l'unique capital mis en société; il n'est pas vrai qu'il compose à lui seul le capital social; il faut toujours l'adjonction d'une industrie qui exploite l'immeuble et en tire les bénéfices auxquels les actionnaires ont droit; et cette industrie est un autre capital qui, réuni à l'apport immobilier, forme la masse du capital social et donne à la société les instruments de son activité.

143. La division du capital par actions, et la détermination de la loi qui les fait meubles pendant la durée de la société, ne sont pas particulières aux sociétés de commerce. Je sais qu'un préjugé courant s'imagine que l'industrie civile ne peut mobiliser par des actions les immeubles qu'elle met en société (2); mais le plus léger examen suffit pour faire justice de cette erreur. L'article 529 du code civil se sert d'expressions très-larges, qui embrassent toutes les opérations quelconques de l'industrie, toutes les spéculations suggérées par les intérêts civils ou commerciaux. Ces mots, *compagnies de commerce ou d'industrie*, ont cette portée; car l'industrie n'est pas nécessairement commerciale; il y a aussi des industries civiles. L'exploitation des mines, par exemple, est de ce genre (3), et les actions dans les sociétés de mines ont le caractère mobilier dessiné par l'article 529 du code civil (4).

Je le répète donc, la division du capital social par actions, inhérente aux sociétés anonymes (5), facultative dans les sociétés en commandite (6), se trouve aussi dans les sociétés civiles, et j'en ai vu plusieurs exemples. Je me borne à citer les suivants :

Le 3 novembre 1818, plusieurs individus de l'arrondissement de Montauban se réunirent pour faire l'acquisition du moulin de Bellerive alors en état de chômage et d'abandon. Avant cette acquisition, les parties avaient constitué entre elles une société pour la propriété et la jouissance de cette usine, et il fut stipulé que le capital social serait divisé en vingt-quatre actions qui seraient réparties entre les acquéreurs en raison de leur intérêt, et qui représenteraient tous les droits des parties tant à la propriété qu'à la jouissance du moulin à acquérir. Ces actions furent déclarées cessibles sans autre condition que celle de la préférence en faveur de la société.

Ce contrat de société est passé sous mes yeux dans une affaire dont j'étais rapporteur à la cour de cassation et dont j'aurai occasion de parler ailleurs sous un autre point de vue (7). Du reste, on ne contestait pas à cette société le caractère de société civile.

Il existe aussi dans la ville de Toulouse une société par actions pour l'exploitation du moulin du Basacle (8). Elle remonte à des temps très-reculés (9).

J'ai même vu une propriété d'agrément achetée par actions par un certain nombre d'habitants d'une ville, pour y jouir du plaisir de la promenade (*suprà*, n° 13).

Enfin, je le répète, les sociétés pour l'exploitation des mines (qui sont, de droit, des sociétés civiles) (10) divisent souvent leur capital par actions.

On a cependant soutenu que cette division devait changer le caractère de la société et lui imprimer le cachet d'une opération commerciale. Un tel système n'est pas proposable. Une société est commerciale ou civile par son but, et non par mécanisme (11).

---

(1) CHAMPIONNIÈRE l'a victorieusement réfuté, tome IV, n° 3087.

(2) Voy., par exemple, le résumé d'une plaidoirie dans SIREY, XLI, 2, 482.

(3) Art. 32 de la loi du 21 avril 1810.

(4) Art. 8 de cette loi.

(5) Art. 34 du code de comm.

(6) Art. 38, id.

(7) *Infrà*, n° 971.

(8) CHAMPIONNIÈRE, t. IV, 20, 3687.

(9) Id., voy. préface.

(10) Art. 32 de la loi du 20 avril 1810, *infrà*.

(11) *Junge* DUVERGIER, n° 485; *infrà*, n° 327.

Add. Voici l'opinion de DUVERGIER, n° 485 : « Tout en reconnaissant qu'en général c'est l'objet de l'association qui lui imprime le caractère civil ou commercial, quelques jurisconsultes ont pensé que, si le capital social est divisé en actions au porteur, il n'y a plus lieu d'examiner la nature des opérations; que cette seule circonstance rend la société commerciale. Cette opinion est irréfléchie. Elle ne supporte pas un examen attentif.

« Le seul argument qu'on présente pour la soutenir, consiste à dire que l'appel des capitaux par la création d'actions au porteur, est un acte de commerce; qu'en faire usage, c'est frapper du type commercial les transactions auxquelles doivent être consacrés les fonds, et par conséquent la société qui a ces transactions pour objet.

« Il y a deux réponses à ce raisonnement. D'abord, la représentation des parts d'intérêts par des titres appelés actions; la transmissibilité de ces titres, par la tradition manuelle ou par l'endossement, ne sont pas des combinaisons essentiellement commerciales. En second lieu, le fussent-elles, elles ne transformeraient point en société de commerce une société civile de sa nature.

« Il est vrai que les titres au porteur, ou cessibles par un simple endossement, sont plus fréquemment employés dans les relations mercantiles que dans les transactions civiles. Mais il est incontestable qu'un billet à ordre souscrit par un non-commerçant, circule au moyen d'endos successifs, tout aussi bien que la lettre de change qui sort du portefeuille d'un banquier; et que, malgré ce mode de transmission, il conserve son caractère de billet purement civil.

« Également, aucun texte, aucun argument juridique n'établit que les titres au porteur soient, plus que les effets à ordre ou transmissibles par endossement, essentiellement commerciaux.

« Ainsi, loin de dire qu'une société devient commerciale par cela seul que les parts d'intérêts sont représentées par des actions à ordre ou au porteur, il faut reconnaître que ces actions ne sont elles-mêmes des titres commerciaux qu'autant que la société a pour objet des affaires de commerce.

« N'en fût-il pas ainsi, fallût-il considérer la forme des titres comme déterminant leur caractère, on n'en devrait rien conclure quant au caractère de l'association.

« On divise le fonds social en actions à ordre ou au porteur, pour offrir aux capitalistes, outre les avantages que présente l'affaire en elle-même, celui de pouvoir négocier facilement, rapidement et sans frais, leurs droits dans la société. Quand les sommes nécessaires sont réunies, la combinaison, qu'on voudrait faire réputer commerciale, est accomplie. Pourquoi exercerait-elle une influence sur les opérations sociales? Celles-ci ne sont-elles pas complétement indépendantes du moyen qui a été mis en œuvre pour attirer vers elle les capitaux? L'exploitation d'un fonds de terre, acte étranger au commerce, serait-elle donc commerciale, parce que l'argent indispensable à cette exploitation aurait été obtenu à l'aide de procédés commerciaux? Évidemment non. Tout au plus, pourrait-on admettre que ceux qui se seraient unis dans l'emploi de ces procédés, auraient fait entre eux une

144. La forme des actions n'a rien de sacramentel. Elles sont ordinairement extraites d'un registre à souche créé à cet effet. Elles portent, tant sur la souche que sur le titre à délivrer, la signature sociale et celle du commissaire établi près la société lorsqu'il y en a un. Elles sont timbrées du timbre de la société et portent au dos un extrait des statuts. Mais ces formalités précautionnelles ne sont pas de rigueur.

Tantôt les actions sont nominatives, tantôt elles sont au porteur (1). Dans une même société, il peut y avoir des actions de ces deux espèces. On délivre aux actionnaires, à leur choix, les unes ou les autres de ces actions. Néanmoins, on exige en général que partie des actions du gérant soit inscrite à son nom, et qu'il les garde inaliénables par devers lui pour garantie de sa gestion. Quant aux autres associés, les statuts portent habituellement que les actions nominatives peuvent être converties en actions au porteur, et réciproquement.

145. Les actions au porteur se peuvent transmettre par la simple tradition du titre (art. 35 du code de commerce); les actions nominatives par la voie de transferts qui sont constatés par déclarations inscrites sur un registre spécial et signées du gérant et des parties intéressées (art. 36 du code de commerce).

Presque tous les statuts exigent la même formalité pour les mutations arrivées par décès.

On délivre au nouvel actionnaire un nouveau titre en remplacement de l'ancien qui demeure annulé.

Il y a des sociétés qui exigent qu'il soit perçu pour leur compte un droit fixe pour chaque action transférée, ou se trouvant l'objet d'une mutation par décès.

146. Quelquefois on crée des actions auxquelles on donne la forme d'un papier négociable par voie d'endossement (2) sans garantie.

147. Je dois parler ici d'une question qui a beaucoup préoccupé les esprits il y a quelques années, et sur laquelle toutes les opinions ne paraissent pas encore bien fixées.

Elle consiste à savoir si l'on peut stipuler que les actions d'une société en commandite seront au porteur. Le doute ne s'élève pas à l'égard des sociétés anonymes; l'art. 34 du code de commerce ne le permet pas. Mais l'on a vivement soutenu que, dans les sociétés en commandite, les plus grands dangers accompagnent la création des actions au porteur; que l'art. 38 du code de commerce n'autorise que la division du capital social en actions nominatives, et nullement la division de ce capital en actions au porteur. Dans la dernière année de la restauration, cette question fut soulevée avec chaleur contre la société des messageries du commerce, connue sous la raison Armand, Lecomte et compagnie, qui avait émis la plus grande partie de son capital en actions au porteur. Persil père et Dupin aîné, alors avocats, donnèrent contre ce système de division du capital une savante et énergique consultation dont je ferai ressortir tout à l'heure les côtés défectueux (3). Horson et Persil plaidèrent devant le tribunal de commerce la même

première association commerciale, pour parvenir à fonder une société civile. C'est ce que décide un arrêt de la cour de cassation, du 30 avril 1828.

« Il est vrai que, pendant toute la durée de la société, les titres circuleront au moyen d'endossements ou se transmettront de la main à la main; mais ces transmissions, quelle que soit la qualification qu'on leur donne, seront personnelles aux associés, et complétement étrangères à la société. Il est donc impossible que sa nature en soit affectée.

« J'ai été appelé avec plusieurs de mes confrères à examiner précisément la question que je viens de traiter. On nous demandait si une société formée pour l'exploitation d'une mine pouvait être réputée commerciale parce que le fonds social était divisé en actions. Après une délibération qui a occupé plusieurs séances, nous avons répondu négativement. Il est vrai que la législation spéciale sur les mines fournissait une raison toute particulière de décider; car elle dispose, au moins implicitement, qu'une société, même par actions, est civile lorsqu'elle a pour objet l'exploitation des mines. Mais nous avons posé le principe général, que c'est l'objet d'une société et non sa forme qui lui donne le caractère de société de commerce.

« Si la jurisprudence présente encore quelque incertitude, sa tendance est évidemment favorable à l'opinion que j'ai émise. Voy. arrêts de la cour de cassation, du 23 août 1820 (Sirey, XXI, 1, 372); du 7 février 1826 (Sirey, XXVII, 1, 137); de la cour royale de Paris, du 11 décembre 1830 (Sirey, XXXI, 2, 282); de la cour de cassation, du 15 avril 1834 (Sirey, XXXIV, 1, 650); de la cour de Rennes, du 13 juin 1834 (Sirey, XXXIV, 2, 122); arrêt du conseil, du 7 juin 1836. Voy., en sens contraire, arrêt de la cour de Bordeaux, du 22 juin 1833 (Sirey, XXXIII, 2, 547).

(1) Le code de commerce russe prohibe les actions au porteur, art. 22; de même Wurtemberg, art. 236, et Hongrois, art. 56 (Confert. de M. Saint-Joseph, p. 12 et 13).

(2) Championnière, t. IV, no 3685, rapporte plusieurs arrêts de cassation dans l'espèce desquels cette forme avait été employée. Beaucoup d'autres sont passés sous nos yeux. Par exemple, acte de société pour la savonnerie à vapeur de pont de Flandre, art. 10.

(3) On la trouve dans l'ouvrage de Persil fils, p. 149.

Add. Cette consultation et celle en sens contraire, sont ainsi analysées dans l'ouvrage de Dalloz, vo *Société*, édition in-8o, p. 338, no 13 :

« Nous allons dans la note suivante analyser sommairement les moyens présentés de part et d'autre, dans deux consultations délibérées, la première par Persil et Dupin aîné, la seconde par Odilon-Barrot et Dupin jeune.

« A l'appui de l'opinion que la commandite n'est pas divisible en actions au porteur, on a dit : En général le contrat de société est déterminé principalement par la considération des personnes avec lesquelles on s'associe. Il n'y a pas d'exception à cette règle dans le cas où il s'agit d'une société en commandite. C'est parce que les gérants connaissent le caractère paisible des commanditaires, leur exactitude à remplir leurs engagements, qu'ils les reçoivent parmi eux. Dans la commandite il y a société de personnes d'abord (code de comm., art. 23), et de capitaux ensuite, à la différence de l'anonyme, dans laquelle il n'y a que la société de capitaux, sans réunion de personnes et sans même qu'il soit besoin de l'indication de leurs noms.

» De là la différence entre les actions de l'une ou de l'autre espèce de société et leur mode de transmission. Dans la société anonyme tout doit rester inconnu, hors le capital social. Quels que soient les titulaires des actions, les choses n'en restent pas moins telles que le pacte social et l'ordonnance royale les ont faites; peu importe que les actions soient nominatives ou au porteur.

» Dans la commandite, au contraire, les contractants ne peuvent pas ne pas se connaître. Dès qu'ils ont contracté des obligations respectives, il faut qu'ils sachent où se trouver pour se contraindre réciproquement à les exécuter. De là cette conséquence, que si la commandite est divisée en actions, ces actions doivent être nominatives et non au porteur, et que, si elles sont transmissibles sans l'agrément de la société, la transmission ne peut s'opérer que par un acte qui fasse connaître le légitime titulaire.

« Les actions au porteur sont absolument incompatibles avec les règles de la commandite. Car si, comme cela arrive souvent, l'action ne se paye que par parties, à qui s'adresseront, après la délivrance de l'action, les gérants et les tiers, quand la société sera en faillite, ou au moment d'y tomber, pour obtenir le payement des parties d'actions encore dues. Vainement la loi aura déclaré les commanditaires passibles des pertes jusqu'à concur-

thèse. Si elle échoua, ce ne fut pas par la faute de ses habiles défenseurs ; mais elle avait contre elle le texte

rence des fonds qu'ils doivent mettre dans la société. Vainement elle aura donné une action directe contre eux, on pourra la paralyser en ne nommant que les commanditaires.

« D'autre part, dans les sociétés en commandite, les commanditaires ne peuvent participer à l'administration, sans se rendre par cela même solidairement responsables. Or, comment constater que telle personne qui gère la société est en même temps porteur d'actions? Il y a impossibilité morale et légale : morale, car le fait d'avoir des actions dans son portefeuille est un fait occulte et fugitif qui ne laisse aucune trace et qui échappe à toute constatation ; légale, car les sociétés ne peuvent se prouver par témoins.

« On ne peut tirer aucune objection sérieuse du texte de la loi ; après avoir dit (art. 34 et 35) que le capital de la société anonyme se divise en actions, et que l'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur, elle ajoute (art. 38), que « le « capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé « en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies « pour ce genre de société. » Cet article dispose seulement que le capital des sociétés en commandite pourra être divisé en actions, sans dire que ces actions pourront être au porteur. Sa disposition finale prouve d'ailleurs que la division du capital de la commandite en actions est une dérogation aux règles établies pour cette espèce de société ; et en effet, c'est rompre l'association de personnes qui est de la nature de la commandite. Mais aucune autre dérogation n'est permise, c'est l'art. 38 lui-même qui le dit ; en cette matière tout est de rigueur ; il n'y a de permis que ce qui est textuellement accordé.

« On objecte encore que, dans toute commandite, les actions peuvent se transmettre par voie d'endossement, et que les inconvénients étant à peu près les mêmes que ceux signalés pour les actions au porteur, il n'y a pas de raison pour admettre un mode et rejeter l'autre. Mais rien n'est plus sujet à discussion que la question de savoir si les actions d'une commandite peuvent être transférées par voie d'endossement. L'art. 26 du code de commerce semble au contraire supposer que ce n'est que par déclaration sur les registres sociaux que peut s'opérer la mutation. D'ailleurs, une différence capitale existe entre la seule tradition du titre et la transmission par endossement. Ce dernier mode laisse au moins des traces de chaque mutation, et la simulation, l'antidate, peuvent entraîner des conséquences devant lesquelles on pourrait souvent reculer. De plus, l'action contient le nom du premier titulaire, qui est aussi porté sur les registres, et en s'adressant à lui, on serait assuré de l'application de l'article 36, qui le rend passible des pertes jusqu'à concurrence des fonds qu'il s'était obligé de mettre dans la société. Comme il appellerait en garantie celui à qui il aurait endossé son action, on aurait la certitude d'arriver au véritable intéressé.

« On a répondu qu'il n'est nullement de l'essence de la société en commandite, que tous les associés se connaissent personnellement ; si, à l'égard des associés solidaires les uns des autres, il est de convenance, d'utilité, qu'ils se connaissent respectivement, ce n'est pas même là une des conditions rigoureuses et absolues de la légalité de la société. A la vérité, l'art. 1861 du code civil défend qu'aucun des associés puisse, sans le consentement de ses associés, associer une tierce personne à la société ; mais dans les sociétés dont le capital est divisé par actions transmissibles à la volonté de chaque actionnaire, il y a consentement d'avance donné par chaque associé de recevoir pour associés tous ceux auxquels les actions seront transmises. Que cette transmission se fasse par un endossement ou par la remise du titre, c'est toujours un associé qui, en vertu de l'acte de société, s'en substitue un autre.

« On sent que ce mode de transmission de la qualité d'associé est inapplicable aux associés solidaires ; ceux-ci ont trop d'intérêt de ne pas se livrer aux hasards d'une pareille transmission ; chaque mutation d'associé constituerait d'ailleurs une modification de la raison sociale et de la société elle-même, et exigerait de nouvelles publications et de nouvelles circulaires. A l'égard des simples bailleurs de fonds dans les sociétés en commandite ou anonymes, le même inconvénient n'existe plus ; il importe peu que le capital versé et les droits y attachés appartiennent à tel plutôt qu'à tel autre ; la raison sociale et la constitution de la société n'en reçoivent aucune modification ; c'est pourquoi le législateur a expressément permis, pour les sociétés de ce genre, la division du capital en actions, alors qu'il a gardé le silence sur ce point à l'égard des sociétés collectives : non pas que dans celles-ci la mise sociale ne puisse se diviser en actions déterminées ; mais ces actions, à la différence de celles créées dans les autres sociétés, sont fixes et immuables, comme inhérentes à la constitution de la société, et non transmissibles et négociables.

« On objecte que si la transmission de l'action pouvait s'opérer par la simple remise, de la main à la main, du titre, les associés ni les tiers n'auraient aucun moyen assuré de demander à l'associé l'accomplissement de ses engagements : la réponse est que ce mode de transmission de l'action n'a pas paru au législateur exclusif de l'obligation qui incombe à tout associé de compléter sa mise sociale, puisqu'il l'a expressément autorisé dans le cas des sociétés anonymes ; c'est qu'en effet, dans les sociétés en commandite comme dans celles anonymes, toutes les fois que la mise sociale consiste dans les actions au porteur, on a coutume de stipuler, et à défaut de stipulation la clause serait de droit, que ceux des actionnaires qui ne compléteront pas leur mise seront, par cela même, réputés abandonner à la société la portion qu'ils en ont déjà soldée. Il est inexact de dire que, malgré cette stipulation, la mise de chaque associé est du montant total de l'action ou des actions qu'il a prises, et que les tiers ont un droit acquis sur l'actionnaire pour pareille somme.

« La mise est conditionnelle : elle est d'abord de la partie d'action payée, avec faculté pour chaque actionnaire d'acquitter le surplus ou d'abandonner à la société le montant du versement déjà fait. Ces tiers, avertis par la publication de l'acte de société, n'ont pu ni dû compter sur autre chose que sur l'accomplissement de cette obligation conditionnelle et facultative, telle qu'elle est déterminée par l'acte social. Il ne peut donc jamais y avoir de recours à exercer contre les porteurs d'actions pour le complément de leur mise sociale.

« Cette conclusion est parfaitement conforme à la nature de la commandite ; car bien que l'on ait prétendu que cette société est une société de personnes, il est constant, au contraire, que pour le commanditaire il n'y a de mise en société qu'un simple capital ; que son nom ni sa personne ne sont engagés, et que la loi même interdit expressément que son nom figure dans la raison sociale, ou qu'il paye de sa personne ; une fois donc la commandite payée, il n'y a plus d'actions à diriger contre lui ; il n'importe en rien aux autres associés de savoir ce que peuvent devenir ses droits, ni à qui et de quelle manière ils peuvent être transmis.

« La division de la commandite en actions au porteur n'est nullement incompatible avec l'interdiction faite à tout commanditaire de participer à la gestion. En effet, cette participation (les auteurs la reconnaissent) ne vicie pas la société de nullité, et laisse au commanditaire sa qualité et ses droits, sauf seulement la solidarité qui lui est infligée à titre de peine envers les tiers. Comment donc la seule supposition d'une participation possible opérerait-elle un effet que n'opérerait pas la réalité elle-même, et vicierait-elle la société d'une nullité radicale? De ce que la division de la commandite en actions au porteur rendrait difficile ou même impossible d'appliquer la responsabilité établie par la loi, la conséquence la plus rigoureuse serait que les actionnaires s'étant, par leur fait, mis hors de l'atteinte de la loi, devraient tous être réputés gérants et subir la peine ; mais cette peine ne pourrait jamais être la nullité de l'acte de société, mais bien seulement la responsabilité des actionnaires vis-à-vis des tiers.

« Mais c'est gratuitement que nous supposons que les actionnaires, dans une société en commandite, pourraient être réputés de plein droit solidairement responsables, par cela seul qu'ils auraient reçu ou transmis leur droit social par la remise d'une action au porteur.

« Ce n'est pas, en effet, la simple supposition d'une contraven-

tion plus ou moins probable que l'art. 28 punit, mais la contravention prouvée ; cette preuve n'est point, comme on l'a dit, légalement impossible, car la prohibition de prouver par témoins l'existence d'une société ne pourrait être invoquée contre des tiers qui seuls auraient à réclamer l'application de la solidarité. Or, pour ces tiers, la correspondance, l'inscription au nombre des actionnaires délibérants dans une assemblée, un inventaire, les livres de commerce, la déclaration de celui qui a remis ce titre, et mille autres moyens existent pour prouver le fait que l'individu qui a participé à la gestion, était en même temps associé commanditaire.

« Sans doute, il pourra quelquefois être difficile de fournir cette preuve ; mais admettre et démontrer que la fraude qui ne se présume point pourra abuser d'une chose licite en soi, ce n'est évidemment point avoir établi une nullité qu'aucune loi ne prononce. »

Voici maintenant la consultation de DEVAUX :

« Le conseil soussigné, vu,

« 1° Deux consultations délibérées pour divers actionnaires de la société Armand, Lecomte et comp., la première le 18 mai, par Persil, et la deuxième par Dupin aîné, le 26 mai 1830 ;

« 2° Une consultation délibérée le 1er juin 1829, par Odilon-Barrot et Dupin jeune ;

« 3° L'acte de société du 10 décembre 1828, un acte additionnel du 18 mars 1829, un troisième acte de modifications apportées au premier acte, un quatrième acte d'adhésion aux statuts de la compagnie Armand, Lecomte, en date du 4 mars 1829 ;

« 4° Un mémoire à consulter et divers actes ou notices à l'appui ;

« Ensuite que la société en commandite peut diviser son capital en actions au porteur.

« La société des Messageries du Commerce, sous la raison Armand, Lecomte et comp., est principalement critiquée, dans les consultations des 18 et 26 mai 1830, sous le rapport de cette faculté qu'on lui conteste en droit de diviser son capital en actions au porteur : on prétend établir une incompatibilité absolue entre la commandite et les actions au porteur.

« La consultation du 1er juin 1829 avait pour but de réfuter l'idée de cette incompatibilité.

« Les consultations des 18 et 26 mai 1830 ont abandonné la question purement théorique, pour fortifier ensuite leur système prohibitif des actions au porteur dans la commandite, par une critique détaillée des statuts de la compagnie Lecomte.

« On se propose ici de traiter la difficulté abstractivement.

« La faculté d'émettre des actions au porteur étant une fois démontrée, les statuts de la compagnie Lecomte, qui reposent sur ce principe, ne pourront plus être argués de nullité ; les inconvénients attachés à certaines dispositions ou disparaîtront par la force du principe, ou seront sans influence sur la validité du contrat social.

« La commandite, en remontant à son origine en France, a eu pour but de faciliter le commerce à ceux qui ne voulaient pas le faire personnellement. La noblesse militaire, par sa nature en France, répugnait aux idées du commerce ; la noblesse de charges, plus rapprochée des mœurs bourgeoises, et sentant mieux le besoin du commerce, n'osa pas s'y engager ouvertement, lorsque Colbert suggéra à Louis XIV l'édit de 1669, portant que le commerce ne dérogera à la noblesse. La commandite était de toutes les formes sociales la mieux appropriée aux préjugés de la noblesse contre le commerce : elle leur en procurait les profits, sans compromettre leur dignité ; elle engageait seulement les *capitaux* et *jamais les personnes*. « La société en commandite, dit Savary (*Parfait nég. des soc.*, liv. I, p. 13), est ainsi « appelée parce que celui qui *donne ses deniers à un autre*, qui « n'apporte en la société bien souvent que son nom, sous lequel « le commerce se fait, et son industrie pour en avoir la conduite, *est toujours le maître ;* car c'est lui qui maintient le « commerce que *l'autre fait par le moyen de son argent* et son « crédit, sans quoi il ne pourrait subsister. »

« Faire le commerce sous le nom d'un autre, donner ses deniers à un autre qui apporte son nom et son industrie, nulle institution n'était plus propre à faire entrer dans la réalité du commerce les capitaux de ceux auxquels ne convenaient ni la qualification ni les travaux du commerçant.

« De cette première notion, puisée à l'origine des choses, résulte que la commandite est de ne former aucune société de personnes, soit entre les commanditaires et le commandité, c'est-à-dire entre les bailleurs de fonds et celui qui fait le commerce avec leurs fonds, soit entre les commanditaires eux-mêmes.

« Savary donne pour principale raison des avantages de la commandite, celle d'exciter « les gentilshommes et autres per- « sonnes de qualité à faire de telles sociétés, parce qu'ils ne font « point le commerce, et ne font autre chose que donner leur « argent. »

« Tout l'engagement personnel du commanditaire est donc de payer à la commandite ce qu'il a promis d'y verser : a-t-il acquitté cette promesse, aucun lien personnel ne l'attache au commandité ni à ses cobailleurs de fonds.

« La consultation du 18 mai 1830 pèche donc dans sa base en voyant dans la commandite une association de personnes, là où il n'y a qu'un engagement de capitaux : sans doute que les capitaux, matière morte, ne peuvent entrer dans la commandite que par la main des personnes qui les y versent ; mais, ce versement opéré, la promesse personnelle du commanditaire ainsi accomplie, aucun lien personnel ne subsiste contre le commanditaire.

« Sans doute encore que le commanditaire, avant de promettre ses fonds, prendra en considération les qualités morales des administrateurs ou commandités ; mais ce ne sera pas pour établir avec lui des rapports personnels de société, comme dans la collective, mais pour calculer les chances de succès ou de perte auxquelles il expose ses capitaux.

« Si l'art. 23 du code de commerce dit que « la société en « commandite se contracte entre un ou plusieurs associés res- « ponsables et solidaires, et un ou plusieurs *associés simples* « *bailleurs de fonds*, que l'on nomme commanditaires ou *asso-* « *ciés en commandite*, » on a tort d'en conclure une société de personnes entre le commandité et le commanditaire. Le mot *associé* appliqué à l'un et à l'autre, s'explique 1° par la nature de la commandite, où les capitaux seulement sont engagés ; 2° par l'art. 26, qui dégage la personne du commanditaire de toute responsabilité, en la restreignant aux fonds mis ou promis à la commandite ; 3° par la qualification de *simples bailleurs de fonds*, qui, dans l'art. 23, suit immédiatement la qualification d'*associés*, et la modifie en la réduisant à l'idée d'un simple engagement de fonds. La qualification d'associé n'est point, comme on le suppose, dans le sens d'une société de personnes ; et l'art. 1832 ne reconnaît pas non plus que toute société est nécessairement une société de personnes ; il définit la société « un contrat par lequel « deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre *quelque* « *chose en commun*, dans la vue de partager le bénéfice qui « pourra en résulter. » Mettre *quelque chose en commun*, telle est l'essence de la société en général ; mais le mode de mettre quelque chose en commun pour en recueillir le bénéfice, varie et imprime un caractère spécial à chaque société.

« Dans toutes les sociétés il y a une convention des personnes sur ce mode, qui ne peut pas se former de lui-même, et c'est en ce sens que ceux qui mettent une chose en commun méritent la dénomination générale d'*associés*, puis reçoivent du mode convenu de mettre la chose en commun une qualification correspondante à ce mode : s'ils mettent en commun tous leurs biens ou tous leurs gains, ils seront sociétaires universels ; s'ils n'y mettent que certaines choses déterminées, ils seront sociétaires particuliers.

« Dans le commerce, qui a fait imaginer certaines spécialités pour mettre les choses en commun et en partager les pertes ou les profits, tantôt les personnes et les choses sont cumulativement ou indéfiniment engagées dans une responsabilité envers les tiers, comme dans la société collective ; tantôt la personne disparaît entièrement, pour ne laisser place qu'à la mise en commun de la chose, comme dans la société anonyme, où la chose donne elle-même son nom à la société ; tantôt les personnes se combinent avec les choses, comme dans la commandite, où les gérants seuls sont en société de personnes, et où les choses, mises

en commun, ont pour propriétaires des personnes étrangères à toute responsabilité personnelle.

« Ces trois caractères principaux des sociétés commerciales produisent des conséquences analogues.

« Dans la société collective, la considération des personnes prédomine. On ne s'associe pas à une responsabilité solidaire de tous les actes sociaux, sans se choisir, et, par conséquent, sans se connaître.

« Dans la société anonyme, où les choses seules sont responsables, les propriétaires de ces choses n'ont nul besoin de se connaître.

« Entre ces deux sociétés vient la commandite, qui participe évidemment de l'une et de l'autre ; elle emprunte à la collective la société de personnes et la responsabilité solidaire entre les gérants ; elle prend à l'anonyme la responsabilité des choses seulement pour les propriétaires qui les y engagent ; et si les gérants doivent se connaître, parce qu'ils se choisissent, comme dans la collective, les propriétaires des choses qui ne s'associent en rien à la responsabilité des gérants, n'ont nul besoin, pas plus que dans l'anonyme, de se connaître entre eux, ni de se lier avec les gérants par un lien de choix et de considération de personnes.

« Ce n'est pas à dire que la considération des personnes n'entre pour rien dans l'anonyme ou dans la commandite : cette considération des personnes ne forme pas le contrat social, comme dans la collective, mais elle entre comme élément de spéculation de la part du capitaliste qui engage ses fonds dans la commandite ou dans l'anonyme. Assurément la moralité, le talent administratif, la capacité d'intelligence et la responsabilité d'un gérant peuvent déterminer un bailleur de fonds à entrer dans une commandite, comme les mêmes qualités de l'administrateur mandataire d'une société anonyme peuvent appeler les capitaux et donner de la valeur aux actions ; mais il y a cette extrême différence que si les qualités de fortune et de garantie morale et pécuniaire des gérants de la commandite ou des administrateurs de l'anonyme influent sur la détermination des capitalistes à confier leurs fonds, les mêmes qualités ne sont pas considérées par les gérants de la commandite ou les administrateurs de l'anonyme, comme cause de leur détermination à accepter les fonds de ceux qui se présentent pour entrer dans la commandite ou dans l'anonyme : qu'importe aux gérants de la commandite ou aux administrateurs de l'anonyme que le porteur d'une action, c'est-à-dire d'un titre d'une portion du capital social, soit riche de fortune, de capacité administrative ou de moralité ! Le commanditaire ou l'anonyme n'expose que la somme qu'il verse ou qu'il promet de verser dans l'entreprise ; sa fortune personnelle est indifférente : il n'administre pas ; qu'importe son talent administratif ? Il n'a nul rapport de société, d'habitude et de caractère avec les gérants ; que fait sa moralité ? Quand il serait vrai qu'on prend en considération les qualités morales et pécuniaires du bailleur de fonds, du commanditaire, jamais il ne serait possible de dire que cette considération est un des éléments d'un contrat social où le gérant ne s'adresse au capitaliste que pour lui dire par la voie d'un prospectus, qui, en s'adressant à tout le monde, prouve qu'il n'est mû par aucune considération des personnes : *Qui veut souscrire pour tant d'actions à tel prix, dans telle entreprise, sous la gestion collective et solidaire de telles personnes ?*

« Il doit donc paraître évident que la commandite n'exige pas plus que l'anonyme la manifestation publique des personnes qui confient leurs fonds aux gérants de la commandite ou aux administrateurs de l'anonyme.

« Cette manifestation inutile pour la formation du contrat social de la commandite, soit entre les gérants, soit entre les bailleurs de fonds et les gérants, est-elle nécessaire au respect du public ?

« Le public contracte avec les gérants de la commandite en considération seulement, 1° de la confiance personnelle qu'inspirent les qualités de moralité, de fortune, de talent administratif des gérants, et 2° des capitaux dont ils peuvent disposer, soit par eux-mêmes, soit par l'appel des fonds d'autrui, et dont se compose le capital social.

« Le public a deux responsabilités à exercer, deux garanties à faire valoir : 1° la responsabilité qui pèse sur les gérants d'une manière indéfinie, et qui engage, non pas seulement leur mise sociale, mais même leur fortune individuelle ; 2° la responsabilité qui absorbe tout le capital social, composé de toutes les actions prises par les capitalistes.

« Tout capitaliste qui souscrit pour une action s'engage personnellement pour toute la somme promise au payement de cette action : de là résulte qu'il y a une obligation de l'actionnaire envers le public de payer le prix de son action ; mais c'est la seule obligation positive que contracte le bailleur de fonds.

« Si le capitaliste paye sans délai l'action qu'il demande, il importe peu qu'on ne le connaisse pas. Toute obligation de payer qui s'accomplit sans intervalle entre la promesse d'une chose et la délivrance de la chose promise, ne laisse aucune suite après elle. Tout ce qu'on achète au comptant, ne laisse subsister aucun devoir de l'acheteur envers le vendeur : l'acheteur a souvent besoin de connaître le vendeur, parce que la délivrance de la chose n'éteint pas toujours et parfaitement les obligations du vendeur. Dans les contrats de vente ordinaires, il y a des garanties qui engagent le vendeur après la délivrance de la chose envers l'acheteur, tandis que celui-ci est totalement libéré par le payement du prix de la chose. Les obligations du vendeur, subséquentes au contrat de vente, sont encore bien plus marquées lorsque, comme dans l'espèce, la chose vendue est une action dans une entreprise, parce que cette action renferme, 1° une part du capital social à délivrer lors de la dissolution de la commandite ; 2° une portion annuelle des bénéfices de l'entreprise ; 3° un droit, par conséquent inhérent à chaque action, de faire rendre compte au gérant.

« Si le capitaliste n'est que souscripteur d'une action qu'il s'oblige de prendre, il y a une obligation personnelle qui subsiste pendant tout l'intervalle de temps entre la promesse et son accomplissement par le payement du prix de l'action : alors le souscripteur doit être nécessairement connu pour qu'il y ait possibilité de le contraindre à l'exécution de sa promesse.

« Mais aussitôt que le souscripteur réalise sa promesse par le payement, il est dans le même cas que celui qui, sans faire de promesse, se fait délivrer immédiatement une action en la payant.

« Du principe que, dans la commandite, le bailleur de fonds qui paye comptant son action, ne laisse survivre à ce payement aucune obligation positive de sa part en faveur de la commandite, résulte que l'action de la commandite peut être au porteur ; car l'action nominative ne pourrait se motiver que sur la nécessité de connaître le propriétaire de l'action, pour le contraindre à remplir une obligation personnelle.

« Sans doute l'action au porteur ouvre une grande facilité à s'introduire dans la gestion interdite au commanditaire ; mais cet inconvénient ne détruit pas la faculté de diviser le capital de la commandite en actions au porteur.

« Il n'est pas de l'essence de la commandite que le commanditaire ne fasse aucun acte de gestion ; c'est une précaution contre la fraude que la loi trouve dans cette interdiction : or, il ne faut pas confondre les précautions prises pour la garantie d'un contrat avec ce qui est de l'essence d'un contrat. La précaution n'est venue que longtemps après la pratique du contrat de commandite ; ce qui prouve que l'existence et la légalité de la commandite se concevaient très-bien postérieurement à la naissance de l'abus qu'elle tend à prévenir. Il y a un exemple célèbre de la commandite avec les actions au porteur, dans l'édit du mois d'août 1717, portant établissement de la fameuse compagnie d'Occident, imaginée par Law. La compagnie était expressément en commandite, et l'art. 33 de l'édit établissait les actions au porteur, non par une dérogation spéciale à quelques lois antérieures, mais comme une faculté naturelle à la commandite.

« On conçoit très-bien, en effet, la compatibilité des actions au porteur avec une société où le commanditaire qui prend l'action, ou une part d'intérêt social, peut rester inconnu : il serait impossible de déduire de l'essence de cette société la prohibition des actions au porteur, car l'essence d'une chose est ce sans quoi l'on n'en comprend pas l'existence : il n'est pas même de la nature de la commandite de défendre les actions au porteur, car

la nature d'une chose est le principe intrinsèque des opérations de chaque être, ou la propriété particulière avec laquelle naît chaque être.

« Or, la propriété de la commandite est bien de diviser son capital entre des intéressés, qui se font connaître en inscrivant leurs noms sur leurs titres de participation : la nature de la commandite produit une distinction entre les gérants et les commanditaires ou bailleurs de fonds. Le public est en relation avec les commandités qui sont en société collective et avec lesquels il contracte ; elle ne produit aucun rapport entre le public et les bailleurs de fonds, qui ne sont, en réalité, que des prêteurs d'argent à une société collective. On ne voit pas qu'il soit dans la nature de la commandite de faire connaître au public de quelles personnes proviennent les fonds dont la société collective se sert pour son commerce. On voit bien que le public a intérêt de connaître éventuellement les souscripteurs d'actions, qui sont débiteurs du prix de leurs actions, pour faire rentrer cette créance de la société collective dans son actif à recouvrer, en cas de faillite ; mais le porteur d'une action payée, ne devant supporter que la perte de son argent, n'a plus de rapport avec la masse des créanciers de la société collective des gérants, en cas de faillite de ceux-ci.

« Si l'actionnaire, inconnu par son titre, s'immisce dans la gestion des affaires, il commet une contravention à la loi de police des sociétés ; mais alors c'est une fraude, et la fraude se prouve, en ce cas comme en tout autre, par des présomptions. On demande que le titre de l'action désigne toujours le propriétaire de l'action, pour révéler avec certitude l'auteur de la contravention à la défense de s'immiscer dans la gestion. Mais dans les actes de la vie civile, les genres de fraude sont si variés que tous les législateurs ont renoncé à la possibilité de les signaler, et les ont soumis à la conscience du magistrat qui en recherche les preuves, non dans des documents fixés et déterminés, non dans des actes positifs, mais dans l'ensemble des circonstances présomptives propres à opérer non pas une preuve matérielle, mais une conviction morale, telle qu'on l'exige d'un jury. Pourquoi la fraude d'un actionnaire qui s'immiscerait dans la gestion de la commandite, sortirait-elle du droit commun, quand la loi n'a point établi de formes spéciales pour en préserver la société ?

« Ce système conduirait également à prohiber les actions nominatives transmissibles par endossement ; car le commanditaire qui aurait un endossement en blanc à son profit, pourrait ne pas le remplir de son nom ou passer un pareil endossement, propre à recevoir le nom de toute autre personne, à chaque instant, pour que la gestion et la propriété de l'action ne parussent jamais appartenir au même nom ; il faudrait même porter la prohibition jusqu'à interdire la transmission de l'action par acte sous seing privé, parce qu'étant sans date certaine, au respect des tiers, on pourrait toujours, au nom de ceux-ci, la supposer concertée pour déguiser dans l'actionnaire le nom du frauduleux gérant. Si, dans tous ces cas, on ne peut prouver la fraude que par les présomptions, le système de la loi n'est donc pas de prescrire un mode de transmission des actions, tel qu'il désigne toujours, et avec certitude, le propriétaire de l'action, afin de signaler avec la même certitude l'actionnaire qui se rendrait gérant. Alors que cette contravention est nécessairement, dans d'autres cas analogues, soumise à l'intervention consciencieuse du magistrat, opérant par la logique des présomptions, on ne voit plus la nécessité d'établir une prohibition de certaines formes, ou plutôt la prescription de certaines formes, qui ne conduisent pas à la découverte certaine de la fraude : car on voit que l'action au porteur et l'action purement nominative et à ordre diffèrent si peu dans leurs moyens de déguiser ou de révéler la fraude de l'actionnaire gérant, que, dans l'un ou l'autre cas, celle-ci ne peut être atteinte que par les présomptions.

« Cette théorie s'accorde parfaitement avec la loi. L'art. 25 du code de commerce porte :

« Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de « la raison sociale. »

« Si le nom du commanditaire ne peut figurer parmi les noms qui composent la raison sociale, son nom est donc indifférent au public : bien plus, il est dans l'intérêt public, comme le dit Locré en expliquant cette prohibition de l'art. 25, « d'empêcher le public d'être trompé ; ce qui pourrait arriver si le public se persuadait que l'associé commanditaire, dont il verrait le nom employé dans la raison sociale, répond indéfiniment des obligations de la société, et, dans cette fausse idée, accordait à l'association un crédit et une confiance que peut-être il ne donnerait pas aux vrais responsables. »

« Cette prohibition prouve qu'il est bien plus conforme à la nature de la commandite de taire le nom du commanditaire ; aussi Locré déduit-il de cet art. 25 :

« 1° Que l'associé commanditaire a le droit de demeurer inconnu ;

« 2° Qu'il ne peut être nommé *que quand il y consent.* »

« Si le public ne doit connaître les commanditaires que quand ils y consentent, l'action au porteur, qui a pour but de ne pas révéler au public le nom du commanditaire, est donc bien conforme à la nature de la commandite.

« L'art. 26 porte :

« L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la « société. »

« La mise seule est donc responsable, et non la personne, et, quand la mise est opérée, qu'importe la personne ? Tant que la mise n'est pas réalisée, et jusqu'à ce qu'elle le soit, il y a, comme on l'a fait observer, obligation personnelle du souscripteur, et par conséquent connaissance nécessaire de la personne du souscripteur, pour le contraindre à réaliser sa mise ; mais la réalisation consommée, la mise seule étant responsable, qu'importe en quelles mains passe le titre de propriété de la mise ? L'action au porteur est donc une juste conséquence du principe que la mise seule étant engagée dans la commandite, le nom du commanditaire n'a pas besoin d'être connu du public.

« L'art. 34 porte :

« Le capital de la société anonyme se divise en actions. »

« L'art. 35 :

« L'action est établie sous la forme d'un titre au porteur ; dans « ce cas la cession s'opère par la tradition du titre. »

« Pourquoi cette facilité de transmission manuelle du titre au porteur ?

« Parce que dans la société anonyme il n'y a pas société de « personnes, mais une société de capitaux, dont les propriétaires « deviennent indifférents. » (Locré, sur l'art. 35.)

« Il y a parité de raison dans la commandite qui se compose de deux sociétés différentes : 1° de la société collective de personnes entre les gérants ; 2° de la société de capitaux pour les commanditaires.

« Et la conséquence de cette parité n'a pas échappé au législateur, car l'art. 38 porte :

« Le capital des sociétés en commandite pourra être *aussi* divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles éta- « blies pour ce genre de société. »

« L'adverbe conjonctif *aussi* s'emploie, selon le *Dictionnaire de l'Académie*, pour marquer la conformité, le rapport d'une proposition à celle qui précède.

« Quoique l'art. 38 ne suive pas immédiatement les art. 34, 35 et 36, qui parlent des actions et de leur mode de transmission, il est clair que c'est avec ces trois articles qu'existe la liaison de l'art. 38, puisque l'art. 37 ne concerne que l'autorisation du gouvernement pour les sociétés anonymes.

« Il y a donc, par l'art. 38, une conformité, dont l'adverbe *aussi* est le signe indicatif, avec les art. 34, 35 et 36.

« Ainsi l'art. 38 doit se lire ainsi :

« Le capital de la société en commandite peut être divisé en actions, *aussi*, comme, *de la même manière* que le capital de la société anonyme peut être divisé en actions, et par conséquent en actions au porteur, selon l'art. 35, ou en actions inscrites et transmissibles sur les registres de la société, selon l'art. 36.

« La restriction finale de l'art. 38, « sans aucune autre déro- « gation aux règles établies pour ce genre de société (la com- « mandite), » ne peut pas produire une prohibition des actions au porteur, puisque l'idée première et principale de l'art. 38 est

de reconnaître la faculté de diviser le capital de la société en actions : s'il ne s'agissait que d'une action ou part d'intérêt, établie nominativement dans le contrat social même de la commandite et cessible pour un transport ordinaire de créance, l'art. 38 était parfaitement inutile ; car cette part d'intérêt qui constitue l'action, était une propriété engagée dans une société de capitaux, et où la responsabilité tombe sur la mise sociale, et non sur la personne du propriétaire de la mise. D'après l'art. 36, il était naturellement évident que cette propriété était cessible, sans le consentement des gérants, qui contractent bien entre eux, mais jamais avec les commanditaires, une société de personnes.

« La restriction finale de l'art. 38 a donc un autre but que celui de réduire les actions dont il accorde la faculté d'émission, à la forme spéciale de l'action nominative. Si telle avait été l'intention du législateur, il lui était bien facile, au lieu d'exprimer une restriction indéfinie, propre à préserver d'infraction les règles de la commandite, de dire :

« Le capital de la société en commandite pourra aussi être di-
« visé en actions transmissibles, dans les formes prescrites par
« l'art. 36 ; » c'est-à-dire en actions dont la propriété peut se transférer par une déclaration inscrite sur les registres de la société, en laissant la faculté indéfinie de créer des *actions* pour la commandite. Le mot *actions*, employé sans limitation à quelques formes spéciales, s'applique à toutes les formes d'actions dont la loi parle, et qui sont usitées dans le commerce.

« Le but de la finale de l'art. 38 est d'empêcher, dit Locré, de cacher une société anonyme sous l'apparence d'une société en commandite : « C'est pour cela qu'on a retranché du projet,
« après ces mots : *le capital des sociétés en commandite pourra*
« *être aussi divisé en actions*, ceux-ci : *et elles ne seront pas pour*
« *cela réputées sociétés anonymes*. Afin de mieux prévenir cette
« fraude, on a eu soin de déclarer que la faculté que l'art. 38
« accorde aux sociétés en commandite, ne les dispense pas *des*
« *autres* règles établies pour les contrats de cette nature. »

« En quoi la commandite ressemble-t-elle donc tellement à l'anonyme, que l'on craignait que la première ne servît de masque à l'autre ? Précisément et uniquement par la faculté que l'art. 38 accordait à la commandite, d'émettre des actions comme la société anonyme. Pour conserver à la commandite son caractère distinctif, on lui a prescrit l'obligation *des autres règles établies par la nature de ce contrat*. Cette observation *des autres règles*, suppose qu'il y a une règle commune aux deux sociétés dans l'art. 38 ; et quelle est cette autre règle commune, si ce n'est d'émettre des actions ?

« Ces autres règles imposées par la nature de la commandite sont la nécessité d'une société collective entre les gérants, qui engagent leur responsabilité personnelle et solidaire, et d'une société de capitaux à l'égard des simples bailleurs de fonds, qui ne soumettent que leur argent à la responsabilité (articles 24 et 26).

« Ces autres règles distinctives sont encore d'exclure de la raison sociale le nom du commanditaire, et l'interdiction au commanditaire de faire acte de gestion, à peine de devenir solidairement obligé avec les gérants (art. 25, 27 et 28).

« Mais l'action au porteur n'est point une dérogation à la règle pour le commanditaire, de s'abstenir de tout acte de gestion ; on ne fait pas acte de gestion, en prenant une action au porteur : on peut plus facilement, si l'on veut, faire acte de gestion sans être découvert ; mais on a vu que cette faculté commune à l'action nominative transmissible par endossement ou par actes sous seing privé, prêtait le même argument pour interdire les actions autres que celles dont le transfert serait opéré sur les registres mêmes de la société, selon l'article 36 : or, une telle restriction de l'action à une seule forme ne peut concorder, 1° avec le texte de l'art. 38, qui appelle la commandite à émettre *aussi* des actions, c'est-à-dire des actions comme l'anonyme ; 2° avec le principe que le commanditaire, exclu littéralement de la raison sociale par l'art. 24, a le droit de rester inconnu, et ne peut même être nommé sans son consentement.

« Faire un acte de gestion, ce n'est pas violer le contrat de société en commandite, c'est s'associer aux gérants ; c'est changer la responsabilité de sa mise en responsabilité personnelle et solidaire. Cela est licite en soi. La contravention à l'art. 27 n'est blâmable que quand le commanditaire veut dissimuler sa qualité de commanditaire et de gérant. Naturellement même un commanditaire pourrait rendre de très-grands services en acceptant un mandat des gérants, et le mandataire n'agissant jamais pour lui et toujours pour le mandant, on ne peut théoriquement justifier la prohibition de l'art. 27.

« Dès lors elle ne dérive donc pas de l'essence et encore moins de la nature de la commandite ; elle n'est qu'une précaution qui interdit une chose bonne en elle-même, par la crainte de plus grands inconvénients qui en peuvent résulter. Mais alors, si c'est dans la dissimulation de la double qualité de gérant et de commanditaire qu'existe le mal, ce n'est pas dans la création de l'action au porteur : celle-ci n'a par elle-même aucune incompatibilité avec l'essence et la nature de la commandite : or, le système contraire, en sentant la nécessité de s'appuyer sur cette prétendue incompatibilité entre l'action au porteur et le contrat de commandite, ne repose plus que sur une simple considération de l'abus qui peut résulter de l'action au porteur, dès qu'il est démontré que la prohibition de l'art. 27 n'est pas déduite de l'essence du contrat (auquel cas la prohibition n'aurait même pas besoin d'être exprimée), mais qu'elle se tire de la prévoyance du législateur contre les abus possibles : aussi l'ordonnance de 1673 ne portait-elle pas cette prohibition. Ce n'est pas la législation par elle-même qui a suggéré la prohibition comme incompatible avec la commandite ; c'est l'abus fait de la gestion, surtout pendant la révolution ; c'est ce qu'explique Locré, sur l'art. 27, en disant : « Cet article est destiné à mettre un frein
« à ces associations qui n'ont aucun caractère, à ces entreprises
« de spéculations sous le nom d'un valet, et dont on a si étran-
« gement abusé ; combien n'a-t-on pas vu, pendant le cours de
« la révolution, de ces compagnies dont les intéressés, alternati-
« vement commanditaires et gérants, n'étaient connus que lors-
« qu'il y avait des profits à faire, et n'étaient plus associés quand
« il y avait des créanciers à payer ? »

« C'est donc de la facilité constatée par l'expérience d'abuser de la double qualité de commanditaire et de gérant, qu'est née la prohibition de cumuler ces deux qualités ; elle ne dérive donc pas de l'essence, de la nature du contrat. La prohibition n'ayant produit dans la loi aucune disposition contraire aux actions au porteur, l'émission de ces actions est permise par cela seul que n'étant pas en opposition avec l'essence et la nature de la commandite, elles ne sont pas défendues positivement par le texte de la loi ; les prohibitions ne s'induisent pas. Loin de pouvoir induire rien de contraire aux actions au porteur, on a vu que l'art. 38 assimilait la commandite à l'anonyme, quant à la faculté de diviser son capital en *actions* ; que cette assimilation résultait d'un principe commun aux deux sociétés, de ne pas faire connaître les bailleurs de fonds.

« Avec cette doctrine on va répondre aux objections proposées contre la société Armand, Lecomte, laissant la défense des faits à ceux qui doivent porter la parole dans cette affaire.

« L'action au porteur, dit-on, fait qu'il y a absence de lien entre les gérants et les commanditaires qu'ils ne connaissent pas.

« Dans les traités de la société Lecomte, on distingue des souscripteurs et des actionnaires. Les souscripteurs sont naturellement connus par leurs souscriptions, qui les engagent personnellement à prendre le nombre d'actions qu'ils ont demandé : s'il n'y avait point de souscripteurs, et seulement des actionnaires payant leurs actions en les prenant, le résultat serait le même ; car on n'a plus besoin de connaître ceux contre lesquels on n'a plus aucun droit à exercer ; or, la société collective des gérants n'a contre les actionnaires que le droit de se faire payer les actions.

« Mais on ajoute que les actions étant payables par quart, et les deux derniers quarts étant sujets à une réclamation éventuelle, le droit d'appeler les trois autres quarts, après le premier payé, se perd si l'on ne connaît pas le porteur de l'action.

« La réponse est dans le § 2 de l'art. 8 du traité qui prononce la déchéance de l'actionnaire en retard de répondre à l'appel

de l'art. 38, l'usage (1), cet excellent interprète des lois, et l'esprit du droit nouveau. Aucune parole, si grave, si éloquente qu'elle fût, ne pouvait la sauver d'une défaite. Elle fut condamnée, en effet, par le tribunal de commerce de la Seine et par arrêt de la cour royale du 7 février 1832 (2). Dupin jeune, Odilon Barrot et Devaux (du Cher) émirent en ce sens des consultations fort habiles (3). Je ne sais comment Persil fils a su que j'étais l'auteur de quelques observations émises dans le même sens. Je n'avais signé ces observations que de mes initiales et je ne les destinais pas à l'impression; elles furent publiées par la personne à laquelle je les avais adressées dans le but de lui suggérer quelques idées utiles. Persil fils a peut-être raison de dire que la forme en est un peu rude. Un des avocats consultants m'en avait donné l'exemple.

148. Plus tard l'agiotage s'est emparé des sociétés en commandite pour surprendre la bonne foi des capitalistes. Des hommes prudents ont alors interrogé avec une sorte d'inquiétude la constitution de ces sociétés; ils en ont critiqué les bases et le mécanisme; et les actions au porteur leur ont semblé, sinon un écart de la jurisprudence qu'ils n'ont pas osé accuser, du moins une erreur de la loi; ils sont même allés jusqu'à demander la prohibition des actions nominatives (4)!

149. Que reste-t-il aujourd'hui de tout ce bruit? Rien que le souvenir de terreurs dont on est, je crois, assez embarrassé. La loi n'a pas été changée; le code de commerce est resté ce que l'a fait la sagesse de ses rédacteurs. Tout est rentré dans l'ordre, et la raison publique, éclairée par l'expérience, a suffi pour guérir le mal. Gardons nos codes tels qu'ils sont. Ils valent mieux que les améliorations fatales que leur préparent tantôt les prétendus amis du progrès, tantôt de craintifs adversaires de tout élément nouveau (*infrà*, n° 172).

150. Mais abordons plus particulièrement notre question.

L'expérience prouve qu'à mesure que de plus vastes débouchés se sont ouverts au commerce, le système des sociétés commerciales a toujours été en s'agrandissant. Le besoin d'agir sur une plus grande échelle a stimulé l'esprit d'association; les capitaux épars sont venus se fortifier en s'unissant, et de nouvelles et ingénieuses combinaisons ont présidé à la formation de ces compagnies qui ont donné et donnent encore à notre industrie une si vive impulsion.

Parmi ces heureuses combinaisons il faut placer la

---

publié dans les journaux, et lui fait perdre son premier quart payé. Le contrat établit donc, pour tout actionnaire, la faculté de ne pas payer les trois quarts en perdant le premier; cette faculté est-elle licite?

« On prétend que non, en invoquant l'art. 26, qui frappe de responsabilité l'actionnaire pour tout ce qu'il a *mis ou dû mettre* dans la société.

« L'art. 26 répond lui-même. La responsabilité existe pour ce que l'actionnaire a mis, c'est-à-dire pour le quart payé : elle n'existe pas pour les trois quarts, puisque l'actionnaire n'a pas dû mettre les trois quarts, s'il a voulu user de la faculté de renoncer à la commandite, en perdant le quart qu'il a payé.

« On insiste en disant : Le commanditaire qui verra de la perte ne voudra plus payer les autres quarts. Cela est vrai, et précisément parce que cela résulte manifestement du contrat, personne n'est trompé. Ne pouvait-on pas établir la commandite avec le fonds du premier quart seulement, et dire qu'il serait, en cas d'insuffisance, fait un appel de fonds auquel ceux qui ne voudraient pas répondre perdraient leur première mise? La société qui se proposait de former un capital de dix millions par les payements des quatre quarts, s'ils étaient nécessaires, marche avec un capital de deux millions 500,000 francs, avec l'expectative d'un appel de fonds facultatif. Qu'y a-t-il d'illégal dans cette combinaison?

« On reproche à l'acte additionnel du 24 mars 1830, § 2, sur l'art. 15, d'admettre les employés à être en même temps porteurs d'actions ou commanditaires, lorsque l'art. 27 défend à ceux-ci de s'employer pour les affaires de la société.

« C'est mal comprendre la prohibition : elle n'est point absolue, comme le serait celle d'une mauvaise action, elle est conditionnelle. Un commanditaire ne peut-il pas devenir gérant s'il le veut, et si la société collective des gérants l'admet? L'article censuré ne dit pas que l'employé actionnaire ne sera pas solidairement responsable comme gérant, ce qui serait contraire à la loi; il suppose ouvertement que, s'il y a des employés actionnaires, ils ne voteront pas pour l'élection du commissaire chargé, dans chaque ville où il y a pour 100,000 francs d'actions, de correspondre avec les censeurs. Cette interdiction du vote est juste et morale.

« La critique de l'association Lecomte s'est égarée dans des objections de détail, pour induire des abus possibles.

« Les tribunaux n'ont pas la faculté de restreindre à leur gré les combinaisons des associations sous prétexte d'abus : les articles de ces conventions qui seraient susceptibles d'une juste censure, ne pourraient même pas produire la nullité du contrat social, s'ils ne blessaient pas les lois et l'ordre public, ou l'essence et la nature du contrat social. En ramenant le débat judiciaire à cette véritable et unique source de nullités, l'association Armand, Lecomte doit triompher.

« Nulle loi ne prohibe l'émission de l'action au porteur dans la commandite; l'art. 38 du code de commerce permet au contraire à la commandite d'émettre des actions. Le mot *action* tout seul emporte le genre et l'espèce, or l'action au porteur est comprise dans ce genre.

« L'action au porteur n'a par elle-même rien d'offensant pour la morale publique, puisqu'elle est permise dans l'anonyme.

« On conçoit très-bien une société en commandite divisant son capital en actions au porteur : ce n'est donc pas de l'essence de la commandite que l'on peut déduire l'incompatibilité de ce contrat avec l'action au porteur.

« Ce n'est pas non plus de la nature ou de la propriété particulière de ce contrat; bien loin de là, la propriété de ce contrat étant d'associer des capitaux, sans égard pour les propriétaires qui les versent dans la commandite, l'action au porteur qui permet aux capitalistes de rester inconnus est dans la nature de cette société. »

Mollot, dans son ouvrage sur les bourses de commerce, ajoute cette note : « On a mis en doute, dans une affaire récente, que les sociétés en commandite pussent émettre des actions au porteur. Pour moi, je n'avais pas conçu jusque-là l'idée de cette controverse. La loi, en permettant de constituer en actions le capital de la commandite, ne dit point qu'elles seront nominatives (art. 38 du code de commerce), et, d'un autre côté, je ne vois pas que les actions au porteur répugnent aux règles de cette société. » (*Bourses de commerce*, p. 200.)

Mais Frémery paraît adopter l'opinion contraire, lorsque, en blâmant la disposition qui interdit toute gestion au commanditaire, il s'exprime ainsi sur le jugement du tribunal de commerce de Paris : « Il semble que le tribunal a maintenu par cette décision, *contre* la prohibition arbitraire de la loi, et dans une circonstance où il était rigoureusement possible d'échapper à sa lettre, les traditions de la coutume commerciale. » (*Études de droit commercial*, p. 59.)

(1) Horson en convenait (E. Persil, p. 172).

(2) E. Persil, *loc. cit.*; Sirey, XXXII, 2, 257; Dalloz, XXXII, 2, 107; *Junge* Malepeyre et Jourdain, n° 285; Mollot, *Des bourses de commerce*, p. 200; Frémery, page 59; Dalloz, *Société*, p. 135. Autre arrêt de Paris, du 14 février 1832 (Dalloz, XXXII, 2, 123).

(3) Celle de Devaux est dans l'ouvrage de Persil fils.

(4) Vincens, *Des sociétés par actions*, p. 69.

création d'actions nominatives ou au porteur, dans les sociétés en commandite; création qui offre le moyen d'augmenter la masse des valeurs en circulation, et de faire sortir de leur inaction des fonds qui dorment oisifs entre les mains de leurs propriétaires. — Ce procédé n'est pas nouveau. A l'époque où on discutait au conseil d'État les règles de la société en commandite, M. Louis disait: « Quant aux sociétés en commandite, elles se forment ordinairement par actions (1). » Il y en a, en effet, des milliers d'exemples (*infrà*, no 402); la Compagnie d'Occident, créée par l'édit du mois d'août 1717, était une commandite avec des actions au porteur (art. 33).

On voudrait cependant que le code de commerce, pressé dans son texte et dans son esprit, condamnât les actions au porteur qu'il autorise dans la société anonyme. Son texte! où est-il? Qui connaît une disposition prohibitive dans les articles qui organisent la commandite? Son esprit! Mais à qui persuadera-t-on que cet esprit veuille comprimer un système que l'industrie a depuis si longtemps adopté comme éminemment favorable au mouvement des affaires? Ignore-t-on que c'est surtout le commerce qui a besoin d'être libre dans ses allures, et que le code de commerce se conforme à ses besoins, en se prêtant à la variété des combinaisons les plus imprévues, lorsque l'ordre public n'est pas troublé?

151. Voici cependant ce qu'on a imaginé de dire pour faire repousser les actions au porteur.

Dans la commandite, les personnes s'associent en considération les unes des autres. L'art. 23 du code de commerce en offre la preuve textuelle. Or, créer des actions au porteur, c'est permettre que les associés s'ignorent perpétuellement. De plus, les tiers ne sauront à qui s'adresser pour exercer le recours que la loi leur assure. Enfin, les associés commanditaires pourront toujours, sans responsabilité, s'immiscer dans l'administration, malgré les plus sévères prohibitions du législateur et au risque de porter une funeste subversion dans l'organisation de la commandite.

Examinons ces trois raisons :

152. La première n'a pas même le mérite d'être spécieuse.

D'abord, il n'est pas de l'essence d'une société, même civile, que les sociétaires s'unissent en considération de leurs personnes respectives. Il est vrai cependant que le plus souvent une personne ne se lie à une autre par un contrat de société qu'en raison de ses qualités personnelles, de sa fortune, de son industrie, de sa loyauté, de son intelligence en affaires. Mais il peut arriver aussi que la société porte plus sur les capitaux que sur les personnes. Tout dépend donc des circonstances. Ce sont les conventions des parties qu'il faut consulter, et il serait trop despotique de faire fléchir toutes les sociétés sous ce prétendu principe, que dans ces sortes de rapports (les sociétés anonymes exceptées) les sociétaires doivent toujours obéir à des motifs personnels et agir *respectu personæ*. N'oublions pas l'art. 1868 du code civil, qui autorise la stipulation dont le but est de faire continuer la société avec l'héritier de l'un des associés décédés. N'oublions pas non plus les conséquences de l'art. 38 du code de commerce combiné avec l'art. 36. Quoi donc! le capital d'une société en commandite pourra être divisé en actions nominatives! Moi, commanditaire, je pourrai céder cette action à qui bon me semblera; je pourrai par conséquent introduire dans la société la personne la plus inconnue des autres associés, et l'on soutiendrait qu'il est de l'essence d'une société en commandite que tous les sociétaires se connaissent, s'agréent, s'engagent en considération les uns des autres!

Sans doute, les qualités personnelles du gérant sont déterminantes pour l'association des commanditaires. En ce qui le concerne, on ne fait rien que *respectu personæ*. C'est ce que veut dire l'art. 23 du code de commerce. Mais, en ce qui touche aux commanditaires, il en est autrement. Dans l'espèce de la consultation que je combats, il s'agissait d'organiser une association qui embrassât la France entière, et de créer des services de messageries auxquels pussent s'intéresser les capitalistes grands et petits des provinces les plus éloignées. C'était une entreprise populaire que l'on formait; et certes, dans cet appel aux masses, il eût été absurde d'introduire la règle de la considération des personnes. A part les gérants, cette considération n'est rien. La société est destinée à être perpétuellement recrutée de membres nouveaux, étrangers les uns aux autres, espèce de population mobile, toujours se rajeunissant et s'étendant pour opérer un vaste réseau d'actionnaires. Qu'importe dès lors que les nouveaux venus arrivent avec des actions nominatives ou avec des actions au porteur?

153. On veut cependant trouver une différence capitale entre ces deux manières d'arriver. Quand les actions sont au porteur, dit-on, la transmission ne laisse aucune trace. Mais si elles sont nominatives, un nom en remplace un autre, et l'on sait à qui s'adresser, soit pour l'accomplissement des conditions sociales, soit pour la responsabilité que la loi attache à la qualité de commanditaire.

154. Cette objection, examinée au point de vue de la composition de la société entre associés, n'ajoute aucune valeur aux précédents raisonnements. Que veut-on prouver? Que dans les sociétés (autres que les sociétés anonymes) les personnes jouent le principal rôle. Donc, on doit établir qu'il n'est pas permis, après coup, de substituer une personne à une autre. Or, on est forcé d'avouer qu'au moyen d'actions nominatives on peut mettre dans une société en commandite des noms imprévus à la place des titulaires, et cela, malgré les contractants primitifs. On a donc posé un faux principe, et les personnes ne jouent pas le principal rôle.

155. Voyons cependant s'il est vrai que la création des actions au porteur soit un moyen de soustraire les commanditaires à l'accomplissement des obligations sociales. Trois aspects se présentent ici : 1° les rapports de commanditaire à commanditaire; 2° les rapports des commanditaires avec les gérants; 3° les rapports des commanditaires avec les tiers.

156. Dans un système d'actions au porteur combiné régulièrement et conformément à l'usage constant, on ne délivre de titre d'action qu'au commanditaire qui a payé sa mise intégrale (*suprà*, no 131). Or, on sait que l'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence du capital qu'il a versé dans la société (*infrà*, nos 173, 174). Pour le surplus, il est quitte de toute contribution aux charges sociales. Qu'importe donc que celui qui s'est libéré transmette son action à des porteurs inconnus? Qu'ont à lui demander ses coassociés ou les gérants? Qu'a-t-il à faire de plus que ce qu'il a fait? Son obligation étant épuisée, quel inconvénient pourrait s'opposer à ce qu'un anonyme prît la place qu'il occupait?

157. Quant aux tiers qui ont contracté avec la société, ils n'ont pas plus d'intérêt que les associés à contrarier la substitution. L'associé a libéré son action; il est quitte. La part de garantie qu'il a offerte

(1) Locré, t. XVII, p. 187.

au public a réalisé tout ce qu'il est permis d'exiger de lui.

Notez bien que, dans la commandite, il n'en est pas comme dans la société collective, où chaque associé est solidairement obligé. Ici tout associé doit être nécessairement connu ; il doit rester sous le coup des tiers, auxquels il a engagé sa personne par la puissance d'une obligation solidaire. Si le législateur avait permis la faculté de vendre la part d'un associé dans une société collective, la mobilité continuelle qu'entraîne le commerce des actions aurait anéanti la responsabilité indéfinie et solidaire envers les tiers (1).

Mais si nous entrons dans la commandite, un système tout différent se présente à nos regards. Les noms des commanditaires peuvent rester celés aux tiers (2). Leurs capitaux sont seuls offerts à la confiance publique et signalés comme garantie. La personne des actionnaires ne détermine pas la foi des créanciers. Les actionnaires sont affranchis de la responsabilité indéfinie ; c'est sur les gérants qu'elle se concentre.

158. Et en cela la commandite a réalisé une pensée heureuse, que plus tard nous ferons mieux ressortir. A part les gérants, elle se compose de pères de famille étrangers au commerce, et qui ne veulent pas intervenir comme parties actives dans des opérations étrangères à leurs goûts, à leurs habitudes, à leur état (3). Ce que demande l'industrie, c'est leurs capitaux ; et lorsqu'ils sont versés, ils sont quittes de toute obligation. Quant à leurs noms, ils n'entrent pas dans la spéculation ; la loi les laisse s'abriter dans l'obscurité que commandent les convenances (4). La création d'actions au porteur concourt donc, sympathise donc avec cette tolérance de la loi ; elle entre dans son esprit, loin de se mettre en hostilité avec elle.

159. Revenons maintenant sur nos pas.

J'ai raisonné dans l'hypothèse où les actions auraient été libérées ; mais il arrive souvent que le payement des actions est divisé en plusieurs termes ; et dans ce cas, tant que le montant intégral de l'action n'est pas libéré, on ne délivre que des promesses d'actions aux souscripteurs (5). Ces promesses d'actions sont sans doute cessibles de la main à la main ; mais la cession ne fait pas disparaître l'obligation du souscripteur primitif qui s'est engagé à prendre tant d'actions, et à en payer la valeur entière : son nom est connu, il est retenu dans les livres de la société, il est apposé au bas d'un écrit qui le lie (6). Que veut-on de plus ? Qu'y a-t-il qui fasse ombrage dans des transmissions ultérieures qui ne portent aucune atteinte aux engagements originaires ? Les associés, les gérants, les tiers, tout le monde reste dans les termes du contrat initial.

160. Mais, dit la consultation, la création d'actions au porteur est une dérogation à la règle des sociétés en commandite, qui veut que les commanditaires ne gèrent pas : c'est le troisième point.

Si l'on se bornait à dire que la preuve de l'immixtion des commanditaires est plus difficile avec le régime des actions au porteur qu'avec le régime des actions nominatives, ce langage serait plausible ; mais soutenir que l'immixtion résultera nécessairement de ce régime, c'est ce qui ne prouve rien à force de vouloir trop prouver.

161. Dans l'espèce de la consultation, un article des statuts portait que des actionnaires pourraient occuper des emplois à la nomination des gérants. Les avocats consultants se faisaient un grand argument de cette circonstance pour soutenir qu'il y avait une confusion fâcheuse de la gérance et de la commandite, deux éléments qui, dans l'état normal, doivent rester séparés l'un de l'autre.

Oui, les statuts supposaient que des employés de l'administration seraient porteurs d'actions ; mais ils ne disaient pas que ces employés ne seraient tenus des dettes que comme les autres commanditaires ; ils ne disaient pas que l'art. 28 du code de commerce ne leur était pas applicable.

162. Et ce qu'il y a de singulier, c'est que c'étaient des associés qui se plaignaient de cette faveur accordée à des coassociés dans l'intérêt de l'affaire ; commanditaires aveugles qui ne voyaient pas que, dans cet élan de l'intérêt social, excité par l'intérêt privé, l'administration ne pouvait que gagner par une surveillance plus active et plus aétée. Et d'ailleurs, est-ce donc dans l'intérêt des associés qu'a été édictée la peine de la solidarité prononcée pour le fait d'immixtion (7) ?

163. Je conçois que dans l'intérêt des tiers on puisse faire un argument spécieux ; je conçois qu'on puisse dire qu'à la faveur d'une action au porteur, qui ne laisse pas de traces, un commanditaire pourra cumuler la qualité d'associé simple bailleur de fonds avec celle d'administrateur, et que les tiers auront de la peine à déjouer ce subterfuge.

Mais je réponds :

D'abord, ce qu'il faudrait prouver pour arriver à une conclusion destructive du régime des actions au porteur, c'est que ce cumul échappe *nécessairement* aux recherches des tiers : mais il est impossible de soutenir une proposition si exagérée. On a pour soi tous les moyens de justification autorisés par la loi, les livres, la correspondance, la notoriété publique, les aveux, le serment, la participation aux bénéfices, la réception des intérêts, etc., etc. En Angleterre, la plupart des sociétés, même les plus importantes, sont verbales : rarement elles laissent des traces écrites. Dans ces sociétés, on s'adjoint ordinairement des associés secrets qui portent le nom d'associés *dormants* (8), et qui ne veulent pas que le public sache qu'ils ont un intérêt dans une maison de commerce : tant que les affaires prospèrent, ils dorment, en effet, à l'ombre de l'incognito. Mais si des malheurs frappent la société, comme ils sont tenus solidairement, les tiers intéressés savent bien les réveiller de leur sommeil, et quoique les preuves écrites manquent le plus souvent, on arrive presque toujours à les déceler. C'est ainsi que marchent en Angleterre, dans ce pays de l'industrie et du commerce, les associations les plus compliquées, et l'on ne s'est jamais plaint d'une législation si confiante et si dégagée de formalités. Eh bien ! que les tiers usent en France des mêmes moyens ; qu'ils suppléent aux preuves qu'ils n'ont pas, par la preuve testimoniale, par les correspondances, par les livres de souscriptions, par les

(1) *Infrà*, n° 350 ; PARDESSUS, t. IV, n°s 1011, 1022.
(2) Art. 63 du code de commerce ; *infrà*, n° 404.
(3) *Infrà*, n°s 376 et suiv.
(4) SAVARY, p. 65 ; ROGUES, t. II, p. 236, 237 ; *infrà*, n° 404.
(5) *Suprà*, n° 131 ; *infrà*, n°s 176 et 177.
(6) *Infrà*, n° 177.
Add. MALEPEYRE et JOURDAIN n'adoptaient probablement pas cette opinion, lorsqu'ils disaient, n° 235 : « Une partie considérable de la commandite peut n'avoir pas été fournie, *sans que les tiers aient les moyens* de forcer les porteurs d'actions qu'ils ignorent, à compléter leurs versements ! »
(7) *Infrà*, n° 440, je prouverai la négative contre un arrêt de la cour royale de Paris.
(8) MERLIN, *Rép.*, v° *Société*.

comptes de participation et d'intérêts, par les interrogatoires sur faits et articles, etc., etc. Toutes ces voies leur sont ouvertes ; l'acte social ne leur défend pas d'y recourir (*infrà*, n° 437).

164. Cependant soyons francs : convenons que la route des tiers n'est pas aussi commode que si les transmissions d'actions laissaient des traces sur les registres de la société. Mais à qui la faute, et qui a-t-on trompé? Les tiers ont su qu'il s'agissait ici non d'une *impossibilité*, mais d'une *difficulté*. Or, s'ils acceptent cette difficulté, s'ils s'y soumettent en connaissance de cause, ont-ils le droit de se plaindre de ne pas se trouver un peu plus à leur aise? Eux qui ont contracté sans répugnance, se confiant en eux-mêmes pour percer le voile de l'anonyme, se croyant assez forts de leur vigilance et des moyens que le droit commun met à leur disposition, peuvent-ils parler de surprise et d'abus? Quelles sont les garanties dont on les prive? La responsabilité des gérants est-elle diminuée? Le capital social reçoit-il une brèche? Non! Tout reste à sa place et dans son intégrité ; seulement, il n'est pas aussi facile de découvrir si tel individu qui a fait des actes d'administration était en même temps commanditaire. Mais, après tout, où est le grand dommage, puisque sa qualité d'associé n'a pas influé sur la confiance publique et qu'il n'a rien promis comme associé?

165. Maintenant il faut aborder l'article 38 du code de commerce et en serrer les termes de plus près.

« Le capital des sociétés en commandite pourra » être AUSSI divisé en actions, sans aucune AUTRE dé- « rogation aux règles établies pour ce genre de so- « ciété. »

Cet article fait suite aux dispositions qui ont organisé la société anonyme ; il se lie aux articles 34 et 35 qui ont divisé le capital social de la société anonyme en actions nominatives ou au porteur. Par lui-même, cet enchaînement est très-remarquable ; mais le mot *aussi* de l'article 38 vient y ajouter un plus haut degré de force ; il démontre que le législateur a entendu établir une parfaite conformité entre la société anonyme et la société en commandite, sous le point de vue de la division du capital social ; il démontre qu'il n'y a pas plus de différence à établir dans la société en commandite que dans la société anonyme entre les actions nominatives et les actions au porteur.

Ainsi, loin que le texte se prête à la distinction de la consultation, il la repousse de la manière la plus énergique.

166. A la vérité, la création des actions au porteur peut affaiblir, sans la détruire, la prohibition de l'immixtion ; et, sous ce rapport, il y a peut-être une tolérance du législateur plus grande que ne permettait de l'espérer l'article 28 du code de commerce, si sévère contre l'associé commanditaire qui franchit les bornes de la commandite. Mais si c'est là une dérogation à l'article 28, il faut l'accepter, car l'article 38 l'autorise expressément. Je dis expressément, et je ne retranche rien de cette affirmation. En effet, quand la partie finale de l'article 38 nous dit qu'il n'autorise aucune *autre* dérogation aux règles des sociétés en commandite, il déclare bien hautement par là qu'il en a admis au moins une. Or, quelle est-elle, cette dérogation sanctionnée par la loi? Est-ce la division du capital social en actions nominatives? Non ; cette division n'entraîne pas la moindre diminution, la moindre altération des règles de la commandite. L'article 38 parle donc de quelque chose de plus que des actions nominatives ; il comprend donc les actions au porteur, qu'il faut aller chercher pour trouver une dérogation (dérogation bien légère cependant) aux règles de la commandite. Ainsi, voilà l'économie de l'article 38 rendue palpable. Jamais on ne pourra ramener la commandite aux règles de la société anonyme, soit par la suppression des gérants responsables, soit par la confusion expresse de la commandite et de l'administration, soit en dégageant nommément de la responsabilité solidaire l'associé à qui l'on prouve qu'il s'est immiscé. Mais le législateur permet les actions au porteur, malgré quelques inconvénients indirects qui peuvent en résulter, parce que ces inconvénients n'ont rien de grave, qu'ils n'aboutissent pas à un piége tendu à la foi publique, qu'ils laissent subsister l'entière garantie du capital promis et des gérants responsables, et que, d'un autre côté, les actions au porteur compensent ces inconvénients qu'on leur reproche, par le grand avantage d'être d'une facile et prompte transmission, et d'augmenter la rapidité de la circulation des valeurs.

167. Qu'on ne vienne pas dire, du reste, que la création d'actions au porteur tend à cacher une société anonyme sous les apparences d'une société en commandite, et à dispenser de l'autorisation du gouvernement (1) ; qu'on cesse de s'autoriser des prédictions de Cambacérès, qui disait : « On formera une « société prétendue en commandite ; une *seule* per- « sonne paraîtra ; cependant on divisera l'intérêt « entre les personnes qui se présenteront, et aux- « quelles on donnera facilement le nom de commandi- « taires. Ainsi la société sera vraiment anonyme, et « cependant elle pourra exister sans l'autorisation du « gouvernement. » Ce n'est pas la première fois que Cambacérès a porté des vues confuses dans la discussion de nos lois civiles et commerciales ; et certes il n'est pas possible de laisser percer des craintes plus vaines que ne le fait ici l'archichancelier. Quoi! il y a un gérant responsable sur tout son patrimoine indéfiniment ; il y a une personne, qu'importe qu'elle soit seule! qui engage tout son credit d'une manière sérieuse, et dont les tiers suivent la foi ; et l'on parle de trouver là-dessous une société anonyme, parce que le capital est divisé en actions! Mais où donc en sommes-nous en fait de principes? Faut-il donc les rappeler?

168. Une société anonyme diffère d'une société en commandite en ce que, dans la première, *tout* le personnel est caché aux yeux du public, tandis que dans la seconde une portion seulement de ce personnel est destinée à échapper aux regards. Dans la société anonyme, on ne connaît que l'objet de l'entreprise, mais jamais ceux sur la tête desquels elle repose. Au contraire, dans la commandite, on doit connaître à la fois l'objet de l'entreprise et le gérant ou les gérants responsables, aux soins desquels elle est confiée ; une responsabilité personnelle est là pour s'offrir aux regards du public, captiver sa confiance et traiter avec lui ; on ne laisse dans l'ombre que les actionnaires inactifs.

---

(1) VINCENS, *Des sociétés par actions*, p. 21.

Add. *Jurisprudence.*— La société en commandite par actions formée pour l'exploitation d'un brevet d'invention, n'est pas soumise à l'approbation du gouvernement, nonobstant les termes de la loi du 25 mai 1791, qui y assujettissent les entreprises par actions (loi du 25 mai 1791, tit. II, art. 14 ; déc. du 25 novembre 1806 ; code de comm., art. 38) ; 15 juillet 1839, Paris (DALLOZ, XL, 2, 18) ; 27 mai 1840, Paris (DALLOZ, XL, 223). Voy. *contrà* *Dict. génér.*, v° *Brevet.*

Il suit de là que la société en commandite offre des garanties personnelles que ne présente jamais la société anonyme (1). Voilà le point capital de différence; voilà pourquoi il a fallu faire intervenir l'autorité publique pour suppléer, par sa surveillance, à l'impossibilité où se trouvent les tiers de savoir à qui ils ont affaire dans une société anonyme. Dans cette société, la garantie des tiers ne repose sur la solvabilité d'aucun associé; la sécurité publique n'a d'appui que dans un ensemble de forces difficile à constater dans ses éléments, et par conséquent de nature à appeler les vérifications préalables de l'autorité. Mais, dans la commandite, le gouvernement ne pourrait intervenir sans gêner inutilement des opérations qui doivent marcher avec liberté. Les tiers ont devant eux des associés tenus indéfiniment des dettes sociales : ils suivent leur foi; ils se déterminent par confiance dans leur crédit, dans leur habileté, leur solvabilité. La loi n'exige donc pas que les sociétés en commandite soient approuvées par ordonnance. Peu importe qu'il y ait des associés anonymes; le législateur l'approuve sans s'en effrayer, parce qu'à côté des actionnaires cachés il y en a qui se montrent au grand jour et prennent sur eux la responsabilité de l'affaire. Ce que ne veut pas le législateur, c'est qu'il y ait anonyme pour tout le monde; car le mystère universel a quelque chose qui le laisse dans la perplexité. Mais si l'anonyme n'est que partiel, et si le législateur aperçoit devant ceux qui se cachent une personne ou des gérants responsables, le voilà rassuré, il livre les tiers à leur propre prudence.

169. Ces différences dans le personnel administratif et responsable sont considérables. Mais quant aux actionnaires anonymes, elles ne servent qu'à faire ressortir la parité qui existe entre la société en commandite et la société anonyme. Le secret étant une fois admis à l'égard de certaines personnes, les effets doivent en être les mêmes dans l'une et l'autre société; et puisque les actions au porteur entrent dans le système financier des compagnies anonymes, elles ont aussi le droit d'entrer dans les compagnies en commandite. Peu importe que l'autorité intervienne là, et non pas ici; l'ordonnance d'autorisation n'a eu en vue que le besoin de trouver dans les capitaux une garantie qui manque dans les personnes. Or, la responsabilité personnelle des gérants remplace dans la commandite les garanties de l'ordonnance; c'est à eux que les tiers s'adressent; ils pèsent leur moralité et leurs forces pécuniaires personnelles, jointes aux ressources de la société, donc il est de la dernière évidence que l'exemple de la société anonyme, loin d'être une objection contre les actions au porteur dans la commandite, conduit nécessairement à les admettre.

170. Je n'ignore pas, du reste, que beaucoup de préjugés existent encore contre cette combinaison. Un projet de code, présenté le 10 octobre 1825 par le roi des Pays-Bas aux états généraux, proposait de supprimer les actions au porteur dans la commandite; et cette pensée s'est présentée à beaucoup de bons esprits, lorsque, il y a quelques années, le gouvernement, inquiet d'un agiotage effréné, appela l'attention des jurisconsultes et des économistes sur les sociétés commerciales. Je déclare que je ne partage pas ces opinions; je repousse tout changement dans la législation, parce que celle que nous possédons est libérale, généreuse et suffisamment prudente; je repousse surtout des restrictions qui portent atteinte à la liberté des conventions, sans profit pour l'ordre public. Les déceptions odieuses, qui ont révolté la conscience des hommes honnêtes, ne viennent pas de ce que quelques actionnaires auront trouvé moyen de se glisser mystérieusement dans certains actes insignifiants d'administration. Cette participation très-secondaire aux actes sociaux n'est pas la cause du mal : et cependant, en droit, c'est le seul argument un peu sérieux qu'on puisse susciter contre les actions au porteur; il n'y en a pas d'autre qu'on puisse colorer d'un vernis de légalité. Mais la source réelle de toutes ces escroqueries est dans les prospectus mensongers, dans les évaluations exagérées du fonds social, dans ces millions acceptés de confiance par de crédules capitalistes, qui viennent se prendre au piége comme des enfants; dans ces statuts arrangés de manière à paralyser l'influence des actionnaires payants au profit de quelque spéculateur despote, intrigant et audacieux, dans l'imprudence des tiers qui traitent en étourdis, et viennent ensuite s'en prendre à la loi de leur propre impéritie. Eh! que font à ce jeu de dupes les actions au porteur? Est-ce que le charlatanisme sera moins hardi avec des actions nominatives? Est-ce que les tromperies n'ont pas eu lieu avec la même audace au préjudice d'actionnaires en nom, et par des titulaires connus et dénommés? Est-ce parce que les actions ne seront pas au porteur que l'on n'évaluera pas à plusieurs millions telle mine, tel immeuble qui vaut à peine 100,000 francs? Est-ce parce qu'on remettra au commanditaire des actions nominatives qu'il deviendra plus avisé, plus prudent, et qu'une majorité factice ne l'emportera pas dans les assemblées générales sur des intérêts sérieusement représentés?

171. Que le public se persuade que c'est à lui à bien faire ses affaires, et qu'il est plus puissant que la loi pour prévenir les fraudes des joueurs; qu'il soit désormais aussi réservé qu'il a été naguère accessible à la séduction; qu'il n'accepte que des gérants solides, expérimentés; qu'il étudie les bases d'une opération pour la juger bonne; qu'il obéisse au calcul plutôt qu'à la prévention; qu'il n'admette enfin dans les statuts d'une commandite que les seules données que l'administration a coutume d'approuver dans les sociétés anonymes : et alors, soit que les actions soient nominatives, soit qu'elles soient au porteur, la bonne foi gouvernera le contrat, et la société sera une chose loyale et fructueuse, et non un rendez-vous de fripons et de dupes.

172. Au surplus, comme je le disais au n° 119, à cette fièvre de spéculation, qui avait fait bouillonner tant d'abus, a succédé un temps de calme plus favorable aux calculs de la prudence. On a cessé de croire; l'on veut voir et toucher; c'est la vraie manière de procéder en matière commerciale. Avec cette méthode, les actions au porteur ne seront pas plus mauvaises que les actions nominatives : les bonnes affaires trouveront seules des chalands, et la circulation des valeurs privées se sera enrichie d'un moyen facile de communication.

172 2° (2).

173. Maintenant il faut nous arrêter un instant aux obligations du cédant et aux droits du cessionnaire de l'action.

1° Le cédant, qui a satisfait à l'obligation de verser sa mise, ne saurait être recherché pour les engagements antérieurs à son aliénation (*suprà*, n° 150). La raison en est simple : il n'est tenu que jusqu'à con-

(1) *Infrà*, n°s 444 et suiv.

(2) **Add.** *Les actions peuvent-elles être cédées par la voie de l'endossement?* — Cette question est résolue négativement par THIERRIET, *Revue des revues de droit*, t. 1, p. 53.

currence de sa mise; au delà du capital versé, toute responsabilité disparaît. Il devient donc entièrement étranger à la société.

174. 2° Mais faisons un pas de plus : l'associé primitif a versé sa mise, partie en argent, partie en billets payables plus tard. On sait que cela se pratique assez ordinairement lorsque la société délivre des promesses d'actions (*suprà*, n° 151); la prudence fait un devoir d'exiger des souscripteurs la garantie que le capital nécessaire à l'entreprise sera versé, alors que le moment de le réaliser sera venu. Il ne faudrait pas se lier à des statuts qui négligeraient cette précaution, ou ne la remplaceraient pas par des garanties équivalentes.

Eh bien! l'associé vend sa promesse d'action. Quel est l'effet de cette cession, sur les billets qu'il a souscrits? Son engagement passe-t-il de droit à son cessionnaire? ou bien subsiste-t-il malgré la cession?

Je réponds que cette cession n'est de nature à apporter aucun changement dans la situation du souscripteur des billets. Quand même l'action serait nominative, quand même le transfert aurait été inscrit sur le registre de la société et accepté par elle, les valeurs souscrites par l'associé primitif continueraient à servir de garantie à un engagement, qui a été requis par la société pour que des individus insolvables ne viennent pas rendre illusoires les ressources sur lesquelles elle compte (1).

175. On a soutenu que si le gérant de la société consentait à recevoir pour seul débiteur le nouvel associé qui donnerait d'autres billets en remplacement des billets du précédent associé, celui-ci serait entièrement déchargé; que cette novation, pourvu qu'elle fût exempte de collusion et de mauvaise foi, ne pourrait être attaquée par les tiers; qu'elle serait seulement un cas de responsabilité de la part du gérant qui aurait mal administré les intérêts de la société (2).

---

(1) Persil, p. 130; Malepeyre et Jourdain, n° 321. Vincens n'est pas très-clair, t. 1, p. 329.

Add. *Jurisprudence.* — Les créanciers d'une société anonyme peuvent, lorsque la caisse sociale est épuisée sans que le capital social soit absorbé, poursuivre directement les associés porteurs d'actions nominatives, jusqu'à concurrence du montant de ces actions (31 décembre 1839, cour de Bruxelles; J. de B., 1841, 2. 101).

(2) **Add.** Voici l'opinion de Malepeyre et Jourdain, n° 324 : « Deux cas peuvent se présenter : ou les objets déposés ont une valeur réelle, et qui ne dépend pas d'un crédit ou de la confiance accordée à celui qui les a fournis, en sorte qu'ils puissent être remplacés par des objets semblables d'une égale valeur; ou ce sont des objets dont la valeur n'est que relative, et repose tout entière sur la confiance que l'on a dans celui qui les a fournis. Dans le premier cas, lorsque les objets ont une valeur réelle appréciable, s'ils ont été remplacés par des objets semblables de même valeur, ou si on offre de les remplacer par de tels objets, la société ne pourra se refuser à cette substitution, et le cédant sera entièrement libéré. Si la société refusait d'autoriser le remplacement, ou voulait agir contre le cédant, elle devrait être déclarée non recevable pour défaut d'intérêt, en vertu du principe *pas d'intérêt, pas d'action*. Mais si ce sont des billets qui ont été déposés en garantie, il peut y avoir un grand intérêt à ce qu'ils ne soient pas remplacés par d'autres, parce que leur valeur n'est que relative, et dépend uniquement de la confiance accordée au souscripteur, et que, dans ce cas, on peut dire que le crédit a été fait en sa considération; mais alors c'est à ceux qui sont chargés de l'administration de la société, à refuser de laisser opérer la novation dans la personne des débiteurs, par la substitution de nouveaux billets aux anciens. Quand une fois cette substitution a eu lieu, la novation est opérée; le souscripteur des nouveaux billets est seul débiteur, le souscripteur des anciens est libéré. La société qui, par ses mandataires, a consenti à la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien, n'aura plus aucune action contre ce dernier, sauf la responsabilité des administrateurs, s'il était reconnu que par cet acte ils ont outrepassé leurs pouvoirs, et si en même temps il résultait un préjudice pour la société. »

Persil ne partage pas cette opinion, et il combat en ces termes Pardessus qui l'avait adoptée : « A propos du retrait d'un des associés, de la décharge complète que lui accorde la loi quand il présente son cessionnaire, Pardessus élève une difficulté que je résoudrai dans un sens contraire au sien. Si un souscripteur n'a versé en argent qu'une partie de son action, et l'autre en obligations personnelles ou billets souscrits par lui, et qu'il vienne à vendre son action avant d'avoir payé ses billets, sera-t-il légitimement déchargé de sa responsabilité par cela seul que les administrateurs de la société auront admis le cessionnaire? Les billets qu'il avait donnés peuvent-ils lui être rendus et remplacés dans le portefeuille social, par ceux de ce même cessionnaire?

« Pardessus (n° 1043) prétend que la société était créancière du souscripteur qui avait fourni la moitié de son action en billets; que, par suite, elle avait la libre faculté de faire novation en acceptant les billets du cessionnaire à la place de ceux du cédant.

« Je repousse de toutes mes forces une pareille solution. Il y aurait, en effet, trop de danger pour les tiers dans une pareille substitution de débiteur. Si la société a le libre arbitre d'user de son droit de propriétaire en agréant un cessionnaire au lieu et place du premier souscripteur, elle ne peut en jouir qu'autant que les droits aussi sacrés des tiers ne courent pas le risque d'être violés. Souvent ils seraient respectés dans ces conventions, souvent aussi des abus existeraient... et la seule manière de les prévenir est de ne pas permettre ces changements de débiteur. Ne serait-il pas facile, je le demande, à tous les membres de la société qui auraient à se plaindre d'un créancier, de le frustrer en consentant à recevoir le cessionnaire offert par un ou plusieurs sociétaires? En effet, je suppose que trois souscripteurs n'aient versé en argent que la moitié de leur action, et que pour le surplus ils aient signé des billets. Plus tard, de concert avec tous leurs coassociés, ils cèdent leurs actions et présentent des cessionnaires qui offrent des billets à la place de ceux signés par les cédants. Ces cessionnaires sont insolvables, et ne peuvent payer le montant de leurs billets nécessaire pour compléter leur mise. Eh bien! le capital, seule garantie des créanciers, se trouve diminué à leur préjudice, en fraude de leurs droits, et par la mauvaise foi des sociétaires, contents de pouvoir se venger, sans risque aucun, des tracasseries qu'ils leur avaient suscitées. Je ne conteste pas, répond Pardessus, la possibilité des abus, mais je dis que c'est au gouvernement à les prévenir dans les statuts et la surveillance qu'il exerce.

« Il est impossible au gouvernement d'exercer cette surveillance dont Pardessus lui fait une loi. Est-ce le gouvernement qui rédige les statuts d'une société anonyme? Non. Il a seulement le droit d'instruction, de révision pour les articles qui lui semblent contraires à l'intérêt général. Eh bien! de deux choses l'une : ou la faculté de pouvoir éteindre par la novation la dette des souscripteurs qui ne verseront pas le total de leurs actions, se trouvera articulée dans les statuts, ou elle n'y sera pas mentionnée.

« Au premier cas, ou le gouvernement la biffera parce qu'il la croira contraire au bien public; alors pas de difficulté puisque l'article 37 prohibe toute société anonyme qui n'a pas l'autorisation du roi. Ou bien le roi donnera son autorisation sans en avoir ordonné le rejet; alors il faudra encore prohiber cet échange de débiteur comme favorisant la mauvaise foi et facilitant la violation des droits des créanciers. C'est en vain qu'on tâcherait de tirer argument de l'approbation que le gouvernement aurait donnée sur tous les articles du statut, puisque cette approbation ne leur confère pas force de loi, qu'ils peuvent être déclarés inexécutables sans crainte de voir casser l'arrêt ou le jugement en dernier ressort qui les aurait trans-

Je ne crois pas cette opinion fondée; et c'est tout ce que je pourrais faire que de l'admettre, si les statuts de la société anonyme ou en commandite donnaient imprudemment aux gérants le pouvoir exorbitant d'enlever aux tiers la garantie qu'ils trouvent dans les souscriptions. Les tiers trouvent, dans la signature sociale, sous la foi de laquelle ils ont stipulé, un principe d'action pour forcer les souscripteurs à tenir leurs engagements (1). Les gérants ne peuvent porter préjudice à cette action. Il n'est pas en leur pouvoir, gardiens qu'ils sont des garanties sociales, de les diminuer par des novations que les tiers peuvent considérer comme non avenues. Autrement l'actif social se dissiperait en promesses trompeuses; une cohorte d'insolvables prendrait la place de souscripteurs sérieux. Le gérant aurait dans sa main le pouvoir suprême de retenir dans les liens de la société ou d'en affranchir ceux qu'il voudrait, à son bon plaisir, contrarier ou favoriser; et les tiers, condamnés au rôle de spectateurs inertes, verraient leur gage s'évaporer. On comprend qu'il n'est pas possible d'admettre un système si favorable à la mauvaise foi.

176. Voici maintenant une autre nuance de la question.

S'il arrive souvent que la société, dirigée dans un esprit de prudence dont ses statuts ne devraient jamais s'affranchir, exige des valeurs pour garantir que le montant de la promesse d'action sera entièrement versé, il arrive aussi quelquefois qu'elle n'exige rien au delà de la somme versée provisoirement; pour le surplus elle suit la foi du souscripteur. Or, si ce dernier vend sa promesse d'action, est-il entièrement déchargé, et son obligation de verser les autres termes passe-t-elle exclusivement sur la tête de son cessionnaire? Une distinction est nécessaire. Ou les actions sont au porteur, ou elles sont nominatives.

177. Dans le premier cas, on peut dire que le souscripteur ne peut être recherché; que la création de titres au porteur est un indice de la pensée qui a présidé à la création de la société; qu'on n'a pas tenu compte du crédit de telle ou telle personne en particulier; qu'on a voulu que les associés pussent se succéder les uns aux autres par autant de novations qu'il y a de cessions de titre. Mais je réponds qu'il ne faut pas confondre le souscripteur qui a promis de prendre tant d'actions et de les payer, avec le simple porteur d'une promesse d'action négociable de la main à la main. Le premier est lié par un engagement particulier. Il a promis aux gérants et aux tiers de parfournir sa mise intégrale. Il doit accomplir cette obligation. L'art. 26 du code de commerce lui en fait un devoir sacré. Que les porteurs intermédiaires par les mains desquels l'action est passée sans laisser de traces, soient à l'abri des recherches, je l'admets; mais le souscripteur a des devoirs plus étroits. La négociation de son action ne l'a pas dégagé. Il est tenu concurremment avec le porteur (2).

178. Cette solution n'est pas moins certaine quand les titres sont nominatifs. On a cependant soutenu le contraire (3), sous prétexte que la faculté de négocier les actions a été accordée pour que chaque actionnaire pût à son gré sortir de la société; que sortir d'une société, c'est se faire étranger aux obligations qu'elle impose, comme aux droits qu'elle accorde; que l'associé qui a vendu son action, moyennant un transfert inscrit sur les registres de la société, cesse de faire partie de l'association, et que son remplacement par son cessionnaire est censé avoir été agréé par la société elle-même, qui n'a plus dès lors d'action que contre le cessionnaire.

Ces raisons me semblent légères. La vente de la promesse d'action ne saurait opérer de novation, et l'on ne conçoit pas qu'on puisse admettre, sans des causes moins fugitives, l'anéantissement des engagements les plus sérieux. La société conserve donc son recours contre le souscripteur; loin de voir ses droits modifiés, elle a pour lui répondre et le souscripteur et le titulaire connu.

---

gressés (arrêt de cassation, *Journal du Palais*, 1827, tome I, page 139).

« Enfin, si les statuts ne parlent pas de ce droit de novation accordé à la société, à plus forte raison doit-il être refusé. A plus forte raison encore doit-on décider que les billets constituent de la part du premier souscripteur une dette vis-à-vis de la société, dette dont il n'a pas le pouvoir de se débarrasser en présentant un cessionnaire, et en offrant les billets de ce dernier au lieu et place des siens, parce que, je ne saurais trop le répéter, il y aurait dans cette novation trop de danger pour les intérêts des tiers que le législateur a toujours pris sous sa protection. »

(1) *Infrà*, nos 921 et suivants, ma dissertation sur l'action des tiers.

(2) *Contrà*, MALEPEYRE et JOURDAIN, no 320.

Add. Où ils disent : « Si les actions cédées sont des actions au porteur, et si aucune valeur n'a été donnée en garantie du payement de la portion du capital non versée, il est évident que le cédant ne pourra être tenu de répondre du payement de cette portion de capital qui sera à la charge du porteur du titre, sans que la société puisse avoir aucune espèce d'action contre le cédant, quoique ce dernier ait directement souscrit pour l'action, et ainsi directement traité avec la société. En effet, en délivrant à l'actionnaire, sans exiger de lui un engagement personnel ni le dépôt d'aucune valeur en garantie, une promesse d'action sous la forme de titre au porteur, transmissible de sa nature par la seule tradition et sans que la société ait besoin d'intervenir, elle est censée n'avoir pas pris en considération, pour le crédit qu'elle faisait, la personne de l'actionnaire, mais seulement l'action et son intérêt, et avoir laissé à l'actionnaire la faculté de substituer, par sa seule volonté, un tiers à toutes ses obligations comme à tous ses droits. En sorte qu'il est impossible d'appliquer à ce cas les règles générales du droit commun sur la novation par la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien. » *Suprà*, no 159.

(3) MALEPEYRE et JOURDAIN, no 323.

Add. Où ils disent, à l'occasion de la société anonyme : « La novation dans la personne du débiteur est parfaite, car l'accomplissement des formalités prescrites par la loi et par les statuts équivaut à un consentement donné par la société à la substitution d'un nouveau débiteur à l'ancien. Si les fondateurs de la société, ou l'autorité qui a donné son approbation aux statuts, pensait qu'il y aurait des inconvénients à permettre qu'on pût ainsi substituer de nouveaux actionnaires aux actionnaires de l'origine avant que le capital fût entièrement versé; si la formation de la société, ou son approbation avant que tout le capital fût fourni, dépendait de la confiance que l'on avait dans les premiers actionnaires, il fallait qu'on défendît, soit par une clause de l'acte de société, soit par un article formel de l'ordonnance d'approbation, la vente des actions avant leur libération, ou qu'on ne la permît qu'à la condition que le cédant resterait garant du payement du capital de l'action ou des actions cédées.

« C'est aussi l'opinion de Persil, p. 130, sur l'art. 33, où il s'exprime ainsi : « On peut tirer une autre conséquence du « principe admis pour la société anonyme, principe qui consiste « à faire disparaître la responsabilité des actionnaires, pour « n'exposer que le capital. La conséquence est que tout indi- « vidu, vendeur de son droit dans la société, ne sera pas tour- « menté pour les engagements antérieurs à sa vente. Il devient « tout à fait étranger à la société, et ne laisse que le capital « pour répondre aux créanciers de l'association. »

Sans ces garanties, qui, du reste, sont celles du droit commun, on tomberait dans les plus graves désordres. Des associés insolvables prendraient la place des associés primitifs, dont la confiance ébranlée irait chercher dans la fuite le moyen frauduleux d'échapper à leur responsabilité; les tiers, qui auraient contracté avec la garantie d'un capital social suffisant, verraient leur gage leur échapper. Les sociétés seraient un piége trompeur et un appât pour la mauvaise foi. Les associés en suivraient la fortune quand elles offriraient des bénéfices à partager; ils les abandonneraient à leur malheureux sort quand les chances se seraient annoncées périlleuses. Les tiers de bonne foi payeraient les frais de cette spéculation dolosive.

179. Au surplus, presque toujours l'acte de société prévient les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet. Car il est de la prudence des rédacteurs de ces contrats de régler les positions avec précision.

Une clause surtout est assez fréquente. Elle consiste à déclarer que les souscripteurs qui ne payeront pas les fractions de leurs actions aux époques indiquées pour les appels de fonds seront déchus de leurs droits, et que les payements déjà faits seront acquis à la société. Supposons une société dont le capital social est de dix millions. L'acte de société divise ce capital en quatre quarts, dont un premier quart payable au moment de la souscription des actions, et les autres à des époques diverses. La société se met en train avec un capital affectif de deux millions cinq cent mille francs. Plus tard les autres versements compléteront les dix millions. Mais, pour intéresser les actionnaires aux payements ultérieurs, on réserve que ceux qui ne satisferont pas aux autres appels de fonds, seront déchus et perdront leur premier quart. La portée de cette stipulation est de permettre aux souscripteurs de sortir de la société en sacrifiant ce qu'ils ont versé : d'où il suit que si d'une part le capital de dix millions n'est pas rempli, de l'autre cependant le nombre des parties prenantes diminue, et les dividendes deviennent meilleurs. Du reste, les tiers, qui ont contracté avec la société, ne peuvent jamais forcer les souscripteurs à payer l'intégralité de leurs actions; car ceux-ci les evinceront en déclarant qu'ils renoncent aux parts versées. Dès lors, les tiers n'ont pas dû avoir la certitude que le montant intégral de toutes les actions serait acquitté; ils ont dû s'attendre à des défections; s'ils ont été prudents, ils n'ont dû chercher leur garantie que dans les ressources existantes et les capitaux réalisés.

On a prétendu que cette stipulation est nulle, comme contraire à l'art. 26 du code de commerce, qui veut que chaque associé soit tenu jusqu'à concurrence du montant de sa mise (1). Mais une telle prétention n'est pas soutenable. Si on avait interrogé l'histoire, on aurait vu que cette clause, fort ancienne dans la pratique commerciale, se rencontre dans les sociétés les plus honorables; par exemple dans la société générale des assurances organisée par un édit de Louis XIV, de mai 1686 (2), et précédemment, dans les statuts de la compagnie des Indes, réglementés par une déclaration de 1664 (3). D'ailleurs, comment peut-on dire que l'associé est tenu du montant intégral de son action, puisque l'acte social lui permet de se retirer après le payement du premier versement partiel? Est-ce que la société n'aurait pas pu déclarer que le capital consiste dans les fonds du premier quart seulement, avec réserve de faire un appel de fonds en cas d'insuffisance et sous la clause pénale que ceux qui n'y répondraient pas perdraient leur première mise? Est-ce que cette combinaison n'est pas permise? Quelle différence y a-t-il entre elle et les effets de celle qu'on taxe d'illégalité? Ne nous montrons pas trop sévères contre la liberté des conventions. Des langes trop étroits ne couvrent que l'impuissance.

180. Nous avons parlé des obligations du cédant. Quant au cessionnaire, il est inutile de dire qu'il est investi de tous les droits comme de toutes les obligations de son vendeur. A moins de clauses contraires, il a toujours droit aux intérêts et bénéfices courus depuis la dernière repartition.

181. Une fois le capital social formé par l'acte de société, rien ne peut porter atteinte aux combinaisons qui ont présidé à sa constitution; rien, dis-je, que la volonté de tous les associés (4).

182. Ainsi, le capital ne peut être augmenté si tous les associés n'y consentent pas. Vainement la majorité deciderait-elle que le capital social est insuffisant et qu'un appel de fonds est nécessaire pour soutenir la marche de l'entreprise; la minorité peut se

---

(1) Consult. de PERSIL et DUPIN aîné, dans l'affaire des messageries Armand, Lecomte et compagnie. Cette consultation est tout au long dans le livre de E. PERSIL, p. 155.

Add. Voici le passage de cette consultation où la question est examinée : « L'article 26 oblige les commanditaires à faire leur mise, et les rend responsables des pertes sociales jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre.

« Lorsque en prenant les actions, les associés en payent intégralement le montant, il est sans doute indifférent, relativement à la mise sociale, de connaître le nom des actionnaires; mais si, comme cela arrive souvent, l'action ne se paye qu'en partie, si c'est par quart, comme dans la société Armand, Lecomte et compagnie, quel moyen aura-t-on, après la délivrance de l'action, pour faire payer les trois quarts restant dus? A qui s'adresseront les gérants et les tiers eux-mêmes? Si l'action est nominale, le souscripteur et le titulaire connus sont là pour répondre; si l'action est au porteur, il n'y aura personne à qui l'on puisse s'adresser.

« On a cru parer à cet inconvénient dans l'acte de société Armand, Lecomte et compagnie, en disant dans le § 2 de l'article 8 « qu'un mois après l'échéance, les actionnaires en retard « seront déchus de leur droit, et le montant des payements déjà « faits sur le prix de leurs actions sera acquis à la société. »

« Cette précaution peut être bonne quand la société s'annonce bien, et qu'on peut en espérer des bénéfices; mais ce n'est pas le moment où l'on en aura besoin, parce que tout le monde paye dès qu'il y a des profits à recueillir. C'est lorsque la société est en perte, lorsqu'elle est en faillite, ou au moment d'y tomber, qu'il devient urgent pour les tiers, pour les créanciers de l'établissement surtout, d'avoir un moyen de forcer les commanditaires à verser leurs dernières mises.

« A qui s'adresseront-ils quand les actions seront au porteur? Vainement la loi aura dit, dans l'article 26, que les commanditaires sont passibles des pertes jusqu'à concurrence des fonds qu'ils doivent mettre dans la société; vainement elle leur aura donné une action directe contre eux, on pourra la paralyser en ne nommant pas les commanditaires, et en les mettant à l'abri sous le voile de l'anonyme.

« On dira que les porteurs d'actions perdront ce qu'ils ont déjà payé; mais ce n'est pas à une partie de leur mise que la loi fixe la perte que doivent supporter les commanditaires; ils sont passibles de toutes les pertes jusqu'à concurrence de leur mise intégrale; et si quelque stipulation de l'acte social a pour effet nécessaire de restreindre cette responsabilité des commanditaires, elle est nulle, comme contraire à l'essence même de la société à laquelle on l'a rattachée. »

(2) *Infrà*, n° 397.

(3) *Infrà*, n° 446.

(4) *Infrà*, n° 724, sur l'art. 1859.

refuser de répondre à cet appel quand l'acte social ne l'autorise pas; un associé n'est tenu de payer que la mise convenue : l'obliger à un supplément, c'est sortir du contrat, c'est faire un contrat nouveau sans sa volonté. Tel individu a pu engager 20,000 fr. dans une société, qui se trouve dans l'impossibilité d'y mettre un sou de plus sans nuire à ses affaires. Toutefois la cour royale de Nîmes, par arrêt du 3 fructidor an XII (1), a voulu que le vote de la majorité obligeât chaque actionnaire à souscrire à l'augmentation (2), sauf à lui à se retirer de l'entreprise en renonçant à sa mise de fonds au profit de la société. Mais cette décision ne serait qu'un hardi excès de pouvoir, si quelques circonstances particulières de la cause n'avaient permis à la cour de tirer de l'intention des parties la solution à laquelle elle est arrivée (3).

183. Que deviendra cependant la société ainsi abandonnée à des ressources insuffisantes?

De deux choses l'une :

Ou le nombre des récalcitrants sera assez considérable pour forcer à liquider l'entreprise, et alors la société se dissoudra, faute des fonds nécessaires pour marcher;

Ou bien il y aura des associés plus confiants et plus dociles, en assez grand nombre pour relever les forces de la société; et, dans ce cas, les actionnaires dissidents ne toucheront les bénéfices qu'au prorata de la somme qu'ils auront originairement versée, tandis que ceux qui auront répondu à l'appel auront une part correspondante à la totalité des fonds qu'ils auront apportés au capital social. C'est ce qu'avait décidé le tribunal de Nîmes, dont la décision fut réformée par

---

(1) SIREY, IV, 2, 549; DALLOZ, *Société*, p. 139.

(2) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 337; E. PERSIL, p. 137, 139.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 337 : « Le motif sur lequel on se fonde pour soutenir que la majorité peut contraindre la minorité à un appel de fonds, est qu'il faut nécessairement que la société puisse remplir son objet, et que c'est une obligation pour tous les associés de concourir par tous les moyens possibles, et même par une augmentation de capital, à mettre la société en état d'atteindre son but. Ce motif est inadmissible, surtout à l'égard des sociétés anonymes. En effet, la fixation du capital social est une des clauses essentielles des contrats des sociétés anonymes, en telle sorte que si le capital social n'était point déterminé et assuré d'une manière invariable, la société ne pourrait subsister comme société anonyme, et ne serait assurément pas autorisée; et d'ailleurs, par la nature même de ce mode d'association, le capital social constitue toutes les forces de la société, et chaque associé ne peut être personnellement obligé qu'au versement du montant de sa mise (code de commerce, art. 33). Ainsi, augmenter le capital social, c'est modifier une clause essentielle de l'acte de société; c'est faire prendre un nouvel engagement aux associés : or aucune loi n'autorise la majorité des actionnaires des sociétés anonymes, à modifier les clauses essentielles des statuts, à forcer les associés à contracter de nouvelles obligations. Dès lors les actionnaires restent sous l'empire des principes généraux des conventions et obligations, qui s'opposent à ce qu'un contrat soit modifié autrement que par le consentement de toutes les parties : donc, pour qu'un appel de fonds puisse être fait, il faut que tous les associés y consentent; donc une majorité, quelque nombreuse qu'elle soit, ne peut forcer la minorité à augmenter sa mise, lorsqu'elle a été déterminée par le contrat de société d'une manière fixe et invariable, et sans qu'il ait été rien stipulé pour le cas où le capital serait reconnu insuffisant. Il ne reste donc, dans ce cas, que deux alternatives : ou de provoquer la dissolution qui, comme nous le verrons en parlant de la dissolution des sociétés en général, peut être prononcée lorsqu'il est reconnu que le capital est insuffisant pour atteindre le but de l'association, parce qu'alors il est évident que la condition *sine quâ non* de la société n'est pas remplie; ou de faire procéder, par un arrangement amiable entre les actionnaires, à l'évaluation des travaux commencés, du matériel acquis et créé avec le capital social, et de faire une masse de cette évaluation et du numéraire existant, de fixer la part revenant à chaque actionnaire dans cette masse, et de rembourser ce qui peut revenir aux dissidents, au moyen des sommes fournies par ceux qui consentent à l'appel de fonds. Si les associés ne pouvaient s'entendre, et que des arbitres fussent saisis de la contestation sur l'appel de fonds, ils devraient déclarer non recevables les demandeurs, en exécution de la délibération qui aurait ordonné un appel de fonds, ou prononcer la dissolution de la société, si elle était demandée par quelqu'un des associés, et qu'il fût reconnu que le capital social est réellement insuffisant pour atteindre le but que se propose la société; car si l'insuffisance du capital n'était pas constatée, les arbitres devraient, en rejetant l'appel de fonds, ordonner la continuation de la société. »

Cette opinion de MALEPEYRE et JOURDAIN est partagée en ces termes par PERSIL, p. 137, sur l'art. 34, n° 5 : « Non-seulement le capital de la société peut être augmenté, ainsi que je l'ai expliqué précédemment, par la réserve annuelle, il peut encore, outre la réserve, être élevé en suite d'une délibération prise par l'unanimité des sociétaires administrateurs; l'effet de cette augmentation du capital est de hausser la valeur des actions. Mais si un des actionnaires refuse de souscrire à cette augmentation, je partage complétement, malgré l'arrêt infirmatif de la cour royale de Nîmes, l'avis du tribunal de la même ville, qui pense qu'on ne peut le forcer à payer une somme supérieure à celle qu'il a mise primitivement dans la société. Je regarde la doctrine de la cour de Nîmes comme contraire à l'équité et à la loi des contrats. Que dit-elle? Chaque actionnaire est tenu de souscrire à l'augmentation, *si mieux il n'aime se retirer de l'entreprise en renonçant à sa mise de fonds, au profit de la société*. De quel droit, je le demande, vient-on ainsi forcer la main à un actionnaire? Quoi! parce que sa fortune, qui lui permettait de faire, je suppose, un versement de 5,000 fr., ne pourra plus suffire à une mise plus forte, on le chassera de la société! Bien plus on le forcera de renoncer à sa mise de fonds dans l'intérêt de la société! C'est là, je le répète, un injuste dépouillement de propriété, une véritable spoliation. Si encore on l'excluait de la société en lui rendant son argent, il y aurait violation du contrat primitif, mais au moins l'iniquité ne serait pas aussi criante, l'abus ne serait pas aussi révoltant. Il y aurait violation du contrat primitif, parce que, si les statuts premiers portent les actions à 5,000 fr., il en résulte l'obligation d'admettre tous ceux qui grossissent de cette somme le fonds social au partage des bénéfices procurés par l'association. Cette obligation ne peut être révoquée que pour les causes que la loi autorise, par la commune volonté des parties contractantes (art. 1134 du code civil), par l'existence de cas prévus par les statuts sociaux, enfin par la dissolution de la société. Hors de là aucune exclusion d'un actionnaire n'est permise, surtout quand, en le chassant, on garde son argent. Ainsi, que la majorité des actionnaires augmente la valeur des actions si elle juge l'augmentation favorable aux intérêts de la société; mais elle n'a pas le droit, par suite de la délibération, de mettre la minorité dans l'alternative ou de souscrire à sa décision ou de sortir de la société en abandonnant sa mise primitive. Seulement l'actionnaire qui refuse, selon le sage jugement du tribunal de Nîmes, ne doit toucher les bénéfices qu'au prorata de la somme qu'il a versée. » (SIREY, IV, 2, 549.)

« La cour de Bordeaux a rendu, le 12 floréal an IX, un arrêt qui soutient implicitement les principes que je viens d'émettre. En effet, elle dit que les armateurs qui n'ont vendu des actions sur un navire que pour l'armement en course, n'ont pu, en changeant la destination du navire, par exemple en armant en lettres de marque, obliger les premiers actionnaires à prendre des actions pour ce dernier objet, et les forcer à ce genre de spéculation dans lequel ils ne voulaient pas s'engager. »

(3) *Infrà*, n°s 938, 939.

la cour royale à raison des faits particuliers dont j'ai parlé tout à l'heure.

184. Toutefois, si les capitaux apportés par les associés persévérants permettaient de rembourser les dissidents de leur intérêt dans l'actif social, je crois que ce parti serait le plus juste et le plus sage; il vaudrait mieux fonder sur les débris de l'ancienne société, tiraillée en sens contraire par des intérêts divergents, une association nouvelle, mue par l'identité de vues et par le même esprit de bonne intelligence.

185. Du reste, quand on créera une société dont la mise en activité exigera des avances difficiles à calculer, il sera prudent de se prémunir contre une dissolution prématurée, par des stipulations fixant nettement les devoirs des associés.

Ainsi, on réservera le droit de faire des emprunts jusqu'à concurrence de telle somme déterminée, ou bien on déclarera que, dans tels et tels cas donnés, un appel de fonds pourra être fait dans certaines limites réglées d'avance.

186. Reconnaissons-le toutefois. Ces moyens ne sont pas sans inconvénients. Un emprunt grève la société d'obligations qui peuvent peser sur son avenir d'une manière fâcheuse: il faut payer des intérêts; il faut amortir le capital de l'emprunt. La liberté de l'entreprise en est sérieusement affectée, et son crédit peut en souffrir.

Et quant à l'appel de fonds, il effraye les souscripteurs d'actions qui n'aiment pas à s'aventurer dans l'inconnu; il éloigne les capitaux civils au lieu de les attirer vers l'industrie.

187. C'est pourquoi une combinaison ingénieuse a avisé au moyen suivant. On divise le capital social en séries d'actions, dont une partie est émise sur-le-champ, et dont l'autre ne doit être émise qu'ultérieurement et dans le cas seulement où l'intérêt de la société l'exigera (1). L'émission de ces dernières actions augmente les forces de l'association et le nombre de ses membres; elle lui procure des fonds qui s'ajoutent à son capital actuel et le rendent plus large et plus solide; elle n'oblige pas, comme l'emprunt, à un remboursement qui souvent ne peut s'effectuer qu'à l'aide d'un autre emprunt; elle laisse les actionnaires maîtres de prendre de ces nouvelles actions, ou de s'en tenir à leur mise primitive; et par là elle les dégage des inquiétudes qui sont inséparables de la soumission à des appels de fonds (2).

188. Il arrive souvent que, pour plus de latitude, on stipule que le capital social pourra être porté, si les convenances de l'affaire le demandent, à une somme plus élevée que le capital actuel, et cela au moyen d'une nouvelle émission d'actions. Mais, vu la gravité d'une telle mesure, il est convenable de réserver, dans l'acte constitutif de la société, que cette augmentation doit être arrêtée par une assemblée générale des actionnaires qui fixe le nombre des actions à émettre et les époques de leur payement. La délibération de l'assemblée oblige, dans ce cas, la minorité dissidente. La raison en est simple. Une éventualité a été prévue, et pour être prêt à l'événement, on s'en est rapporté à la décision de l'assemblée générale. Il ne faut donc pas que ce jugement soit paralysé par le caprice ou l'obstination de quelques associés; ils ont dû savoir, en entrant dans la société, à quoi ils s'engageaient.

189. Je viens de parler de l'augmentation du capital social. Voyons maintenant si pendant la société il peut être diminué par le fait des associés.

Un principe certain, c'est que le capital social est la garantie des tiers qui traitent avec l'association; il sert de gage aux créanciers qui ont suivi sa foi. Il ne peut donc être employé qu'aux affaires sociales.

Ainsi, on pourra certainement s'en servir pour faire les achats du matériel nécessaire à la société, pour opérer des constructions indispensables, pour faire faire des travaux préparatoires, pour se procurer un brevet d'invention, etc., etc. Le capital social n'a été apporté que pour assurer à la société les moyens de vivre, et l'emploi dont je parle rentre dans sa destination naturelle. Les créanciers de la société n'ont pas pu s'imaginer que l'argent resterait en dépôt pour servir de cautionnement proprement dit aux engagements de la société. Ils ont su qu'il n'avait été versé que dans le but d'alimenter l'activité de l'association. Si, par suite d'un mauvais emploi, le capital social se trouve entamé, c'est un malheur auquel les créanciers ont dû s'attendre.

190. Mais cette conclusion n'est vraie qu'autant que l'emploi a été vraiment social. Que si le capital avait été diminué parce qu'il aurait plu à la société d'en remettre une partie aux associés et aux actionnaires, les tiers pourraient se plaindre de cette atteinte portée aux statuts. Ils n'en auraient pas moins le droit d'agir contre les associés bailleurs de fonds jusqu'à concurrence de la totalité de la mise stipulée (arg. de l'art. 1845).

191. Ceci me conduit à parler d'un cas qui se rattache plus particulièrement à l'interprétation de l'article 1845, mais qui, vu la connexité, doit trouver sa place ici. Dans la plupart des sociétés formées pour la construction et l'exploitation des chemins de fer, et autres de même nature, qui nécessitent des travaux préparatoires considérables et de grandes avances de fonds, l'acte de société porte presque toujours, que les associés bailleurs de fonds jouiront des intérêts de leur capital à partir des versements. Or, tant que les travaux ne sont pas terminés, tant que l'exploitation n'a pas produit des bénéfices, il est évident que les intérêts ne peuvent être pris que sur le capital. C'est une délibation de l'actif social. Partant de là, des esprits scrupuleux ont été entraînés à penser qu'il y avait dans ceci un détournement préjudiciable aux tiers; qu'il était dérisoire de tolérer qu'un associé donnât d'une main et reprît de l'autre; que, dans la réalité, cet actionnaire ne versait pas ce à quoi il s'est engagé. C'est pourquoi le conseil d'État a longtemps lutté contre de pareils pactes; il les a considérés comme contraires à l'art. 1845 du code civil, à l'art. 26 du code de commerce et à toutes les notions admises en matière de crédit (*infrà*, n° 466).

Mais, d'un autre côté, le gouvernement, préoccupé des intérêts généraux plutôt que de certaines subtilités civiles, s'est montré moins rigoureux dans l'application des principes, et, malgré les avis du conseil d'État, il a fait les concessions commandées par la force des choses. Les capitaux sont indispensables pour mettre en mouvement ces grands travaux, sur lesquels repose l'avenir industriel de notre pays. Où les trouver cependant, ces capitaux, si l'on repousse avec inflexibilité les combinaisons qui peuvent les

(1) Je lis, par exemple, dans un acte de société en commandite qui est passé sous mes yeux: Le fonds social est fixé à 500,000 francs, et est représenté par 500 actions de 1,000 fr. Lesdites 500 actions seront divisées en cinq séries de cent actions chacune. Ces cinq séries pourront ne pas être toutes en émission. Quatre seulement desdites séries sont actuellement mises en émission. La cinquième ne le sera que si le gérant juge que l'intérêt de la société l'exige, et après qu'il aura prévenu de cette émission le commission de surveillance.

(2) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 338.

attirer? Or, les petits capitalistes ne se décideront jamais à verser leurs funds, si pendant un certain temps ils doivent être condamnés à ne rien recevoir annuellement à titre d'intérêts. En vain vous leur direz que ces intérêts portent un nom trompeur; qu'ils ne sont pas des fruits; qu'ils ne sont qu'un démembrement de capitaux, dont la vraie destination économique est de rester intacts. Ce langage est vrai et raisonnable; mais il ne convaincra personne. Les capitalistes préféreront une fiction qui flatte leurs habitudes; rentiers, ils donneront leur assentiment à une combinaison qui les traite en rentiers, espérant que le succès de l'entreprise à laquelle ils donnent leur confiance couvrira cet emprunt momentané fait sur soi-même, et rendra au capital social son effectif nominal. Que si un rigorisme stoïque s'obstine à vouloir qu'il n'y ait pas de répartition d'intérêts, eh bien! ils porteront ailleurs leurs capitaux, et l'industrie sera frappée d'inertie, à moins qu'elle n'aille chez les banquiers faire des emprunts qui coûteront bien plus cher. Dans cet état, le gouvernement, qui voulait la fin, a dû vouloir les moyens; il a capitulé avec les préjugés.

Je suis d'autant moins porté à l'en blâmer qu'aucun principe de droit ne se trouve blessé par sa tolérance. Vainement objecte-t-on que c'est s'écarter de l'art. 1845, qui veut que chaque associé soit tenu de tout ce qu'il a promis de verser, et que l'on viole l'art. 26 du code de commerce, d'après lequel les associés bailleurs de fonds sont responsables jusqu'à concurrence de leur mise. Mais comment ne voit-on pas que dès l'instant que les statuts ont permis des répartitions d'intérêts avant que l'entreprise fût productive, c'est comme s'il avait été convenu, clairement et invinciblement convenu, que le capital nominal ne serait pas le capital effectif, et que la mise consisterait non dans la somme versée, mais dans ce qui en resterait après les intérêts payés? Que parle-t-on de la sûreté des créanciers qui ont traité avec l'association? Est-ce qu'ils n'ont pas lu l'acte de société? Est-ce qu'ils n'ont pas su que, par une sorte de circuit ouvertement annoncé, les associés bailleurs de fonds ont mis une portion de l'apport en dehors de l'actif social destiné à garantir les tiers? Qu'on ne dise donc pas que les créanciers seraient fondés à faire le rappel de ces sommes indûment perçues! Nullement. Les associés ont usé de leur droit; ils ont profité d'un pacte qui était la loi commune. *Nemo damnum dat qui jure suo utitur.* Tout ceci est vrai pour les sociétés anonymes comme pour les sociétés en commandite. Tous les jours on voit dans les sociétés en commandite des conventions de ce genre. Il est du devoir des tribunaux de les respecter.

192. Mais on comprend que la solution serait toute différente si les distributions d'intérêts ou de dividendes, aux dépens du capital, étaient faites sans avoir été autorisées par les statuts. Ce ne serait plus alors qu'un détournement, et chaque associé serait débiteur, envers la société et envers les tiers, du montant de la distraction dont il aurait profité (1). Autant le rapport serait, dans le cas précédent, un acte de violence, autant il serait juste dans celui-ci.

193. A l'époque encore récente où la frénésie du jeu s'était emparée des sociétés en commandite (2), de hardis agioteurs avaient imaginé une autre combinaison pour attirer les actionnaires. C'était de donner à la société l'auxiliaire d'une loterie, en retranchant du capital social une certaine somme que l'on attribuait à des numéros gagnants. Soit un capital social d'un million (on sait que l'on ne pouvait pas parler de moins d'un million, c'était le chiffre sacramentel): 300,000 fr. sont mis à part; on en fait un funds de jeu; des lots de force inégale sont formés et attachés à des numéros privilégiés. L'urne révèle ceux des actionnaires que la fortune appelle à profiter de ces primes.

Cette combinaison avait été imitée de l'emprunt de la ville de Paris. Mais là elle avait été autorisée par une loi; ici la loi contre les loteries la défendait. Le ministère public s'étant ému, le tirage n'eut pas lieu. On se borna à répartir le fonds de 300,000 fr. entre tous les actionnaires au prorata du nombre de leurs actions.

Du reste, il est évident que, dans la société dont je parle, les créanciers non payés auraient vainement exigé le rapport de ces 300,000 fr. par les actionnaires. Cette somme n'avait jamais fait partie de la mise sociale; elle n'avait jamais été destinée aux besoins de la société; et les art. 1845 du code civil et 26 du code de commerce n'auraient pu être invoqués contre les actionnaires, que par un oubli de la loi du contrat.

Art. 1834. Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs.

La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors (3) et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs (c).

---

(1) C'est à ce cas que je crois qu'il faut limiter l'opinion de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 339; elle serait fausse s'il fallait lui donner plus de portée et l'étendre au cas où les statuts auraient parlé. Au reste, ils auraient dû faire la distinction. *Infrà*, n°s 466 et 622.

Add. Au numéro cité, MALEPEYRE et JOURDAIN supposent le cas où des dividendes sont distribués sans qu'il y ait bénéfice: « Il est évident, disent-ils, que les actionnaires, en les recevant, auraient en réalité repris une portion de leur capital, et seraient, par ce seul fait, constitués débiteurs de la société du montant des sommes qu'ils auraient ainsi reçues, et que l'on aurait le droit ou de retenir ces sommes sur les bénéfices qui pourraient être faits par la suite, ou de les obliger à les rapporter. Ce ne serait pas là faire un appel de fonds, mais un rappel de sommes indûment reçues. Si, avant la dissolution de la société, on n'avait ni prélevé sur les bénéfices postérieurs, ni fait rapporter par chaque actionnaire les sommes ainsi distribuées, les créanciers de la société pourraient, après la dissolution de la société, demander le rapport de ces sommes, et poursuivre personnellement les actionnaires qui les auraient reçues, pour les contraindre à opérer ce rapport, parce qu'ils ont toujours une action contre les associés qui n'ont pas fourni et laissé leur mise entière. »

(2) En 1837 et 1838.

(3) Rédaction incorrecte.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 918. *L'acte de société doit être rédigé par écrit. La preuve par témoins n'est pas admise.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 5. *Toute société dont l'objet est d'une valeur de plus de 150 francs, doit être rédigée par écrit. La preuve ne peut être reçue contre et outre le contenu en l'acte* (a).

Art. 6. *Les formalités extérieures pour la publicité des sociétés de commerce, sont réglées par les lois particulières au commerce.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 3. *Toutes sociétés autres que celles contractées en foire ou pour affaire de foire, doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. Nulle preuve testimoniale n'est admise contre et outre le contenu en l'acte de société* (b).

2e rédaction. — Conf. à l'art. 1834.

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — Art. 5 du projet. La commission rappelle qu'elle a proposé de porter à deux cents francs la somme jusqu'à laquelle la preuve, en matière de convention, sera admissible par témoins.

TRIB. DE BESANÇON. — Art. 5. Cet article est-il prohibitif de la société tacite qui a lieu entre des parents communiers? La nécessité de rédiger par écrit toute société d'une valeur excédant cent cinquante francs, donne lieu de le penser. Cependant ce serait un bien de favoriser cette espèce de société, qui se forme, pour ainsi dire, mutuellement entre des personnes liées par le sang, par le besoin de réunir leurs travaux pour leur avantage commun, et qui ont peu l'usage des lettres; une exception en leur faveur paraîtrait juste; l'intérêt même de l'agriculture la solliciterait.

TRIB. DE CAEN. — Art. 5. La société anonyme, qui se forme souvent dans les foires et marchés, sans écrit, doit être exceptée; elle est fréquente, utile au commerce, et les circonstances ne permettent pas toujours d'en rédiger acte par écrit. L'ordonnance de 1673 l'avait exemptée de cette formalité, et par de bons motifs.

TRIB. DE LIMOGES. — Art. 5. L'ordonnance de 1673 n'obligeait à rédiger par écrit que les sociétés générales, de sorte qu'on pouvait prouver par témoins les sociétés particulières, appelées par les commentateurs de cette loi, *sociétés anonymes*.

Il y a de grands inconvénients à exiger que ces sociétés soient rédigées par écrit. Il arrive presque à chaque foire que des citoyens achètent en commun des bestiaux; ils ont rarement le temps et la facilité de faire des actes de société: si cet article subsiste, la gêne qu'il imposera pourrait nuire au commerce, qu'il faut toujours favoriser. Ainsi, il est à propos d'ajouter à cet article: « A moins qu'il ne s'agisse d'une société anonyme, particulière et momentanée, contractée entre marchands pour objets de commerce. On préviendrait quelques procès, en exprimant dans le même article que la société, quoique non rédigée par écrit, est obligatoire lorsque les parties conviennent de son existence.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 5. Excepter les sociétés anonymes et autres semblables, et le cas où il y a commencement de preuve par écrit.

TRIB. DE METZ. — Art. 5. L'ordonnance de commerce contient une disposition analogue à cet article, et a fait naître fréquemment la question de savoir si la société pouvait être justifiée par témoins, lorsqu'il y avait un commencement de preuve par écrit.

Les uns pensaient qu'il était tellement de l'essence du contrat de société d'être rédigé par écrit, qu'ils se refusaient à toute preuve.

Les autres regardaient la disposition de l'ordonnance du commerce comme une application particulière des dispositions de l'ordonnance de 1667, et admettaient la preuve par témoins, lorsqu'il y avait commencement de preuve par écrit.

Il semble que cette dernière opinion est plus conforme à l'équité et aux principes de bonne foi qui doivent régner surtout dans le commerce. Serait-il juste qu'un négociant, après avoir entretenu longtemps une société, après en avoir perçu les fonds et touché les bénéfices, lorsque ses registres, par exemple, feraient foi de ces vérités, pût cependant échapper à la restitution, en se renfermant dans l'exception résultant de ce qu'il n'y a point d'acte de société rédigé par écrit?

D'après cette simple observation on pense que, dans le cas d'un commencement de preuve par écrit, la société peut être prouvée par témoins; mais il faudrait que la loi levât les doutes qui résultent de ce qu'elle l'exprime pour les autres conventions, et non pour celle-ci.

TRIB. DE MONTPELLIER. — Depuis l'année 1667 les objets ayant augmenté de valeur dans une proportion bien plus forte que celle de cent à cent cinquante francs, la preuve testimoniale pourrait être admise dans les cas où il ne s'agit que de choses, sommes ou valeurs non excédant deux cents francs.

TRIB. DE PARIS. — L'art. 5 porte que « toute société dont l'objet est d'une valeur de cent cinquante francs doit être rédigée par écrit. » Cet article abolit les sociétés taisibles qui se contractent entre certaines personnes, par le seul fait de l'habitation et vie commune pendant an et jour, avec communication de gains et de profits. Ces sociétés avaient lieu autrefois dans tout le pays coutumier, et elles sont encore admises dans plusieurs coutumes, où l'usage en est fréquent, surtout entre les habitants des campagnes: Chartres, Dreux, Troyes, Sens, Auxerre. Nous ne parlons que de celles des coutumes indiquées, qui font partie du ressort du tribunal d'appel de Paris.

On doit louer les auteurs du projet de code d'avoir supprimé ce débris de nos institutions gothiques. Les sociétés taisibles forment une exception dangereuse à la règle, si sage et si nécessaire, posée par l'ordonnance de Moulins, qui défend d'admettre la preuve testimoniale, en matière de conventions, au delà d'une certaine somme. Elles présentent, d'ailleurs, un fait difficile à constater, compliqué dans ses détails, souvent obscur et très-équivoque dans son caractère, qui dépend principalement de l'intention; il en résulte beaucoup de procès.

C'est ce qui avait déterminé presque généralement les rédacteurs de nos coutumes à les proscrire, quelques-uns même avant l'ordonnance de Moulins. Cette suppression ne prive d'aucun avantage réel ceux qui veulent contracter de pareilles sociétés, dont l'utilité et même la nécessité pour beaucoup de personnes ne peut pas être révoquée en doute; ils seront toujours les maîtres d'en contracter, en les écrivant ou les faisant écrire comme toutes les autres conventions.

TRIB. DE ROUEN. — Art. 5. Il y a des sociétés qui se forment par la convention, il y en a aussi qui se forment par le fait même.

Le droit a reconnu cette deuxième espèce de société comme la première, *re, verbis*, etc., et c'est avec raison.

Deux particuliers auront fait ensemble un achat dans une foire, ou bien ils auront entrepris en commun une exploitation, ou un genre de commerce, ou une affaire quelconque; faudra-t-il que l'un d'eux puisse tout garder, et s'attribuer les profits et les objets communs? Sur ces faits, et suivant les circonstances, la preuve de fait a toujours été admise et doit l'être.

La société, en général, se prouve entre les parties, par les mêmes moyens que toute autre convention; on peut prendre l'affirmation de la partie ou la faire interroger sur faits et articles. S'il y a des preuves écrites, elles peuvent suppléer à l'acte de la convention sociale; s'il y a des commencements positifs de preuve par écrit, on peut admettre la preuve vocale sur des faits précis et concluants.

Il faut, à l'égard des tiers, assujettir les sociétés (commerciales surtout) à des formes extérieures. Entre les parties mêmes, la convention de la société doit se prouver comme toute autre convention, et la société de fait, comme tout autre fait.

(b) OBSERVATIONS DU TRIBUNAT.

Dans le deuxième paragraphe de l'article 3 (1834 du code),

il est dit : « Nulle preuve testimoniale n'est admise contre et outre le contenu en l'acte de société. »

La section est d'avis de substituer à cette rédaction celle qui suit, et qui est puisée dans l'art. 237 du projet de loi sur les contrats ou obligations conventionnelles en général :

« La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. »

Le projet de loi présente une lacune relativement à ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte de société. On croit toujours bien qu'on devrait y suppléer, en y appliquant ce qui a été dit en général, par rapport aux contrats, dans l'article ci-dessus rappelé. Cependant il serait possible que quelques tribunaux se fissent une difficulté, et qu'ils crussent que, parce que l'interdiction de la preuve testimoniale aurait été expresse dans la loi sur les contrats, pour les cas dont il s'agit, et qu'elle aurait été omise pour les mêmes cas, quand il s'agirait de la société, il ne dût pas en être de la société comme des contrats en général. La loi sur la société sera plus parfaite, en rappelant littéralement ce qui a été dit à ce sujet dans la loi sur les contrats.

(e) MOTIFS.

TREILHARD, orateur du gouvernement : « Je ne parle pas de la nécessité de rédiger un écrit pour toute espèce de société dont l'objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. La formalité de l'écriture n'est pas nécessaire pour la substance d'un contrat ; elle est prescrite seulement pour la preuve. Le contrat est parfait entre les parties contractantes par le consentement, et indépendamment de tout écrit ; mais les tribunaux n'en peuvent reconnaître l'existence, que lorsqu'elle est prouvée, et la prudence ne permet pas d'admettre d'autres preuves que celles qui résultent d'un acte, quand il a été possible d'en faire. Cette disposition n'est pas particulière au contrat de société, elle s'applique à toute espèce de convention. Vous avez déjà plusieurs fois entendu, sur ce point, des discussions lumineuses, qui me dispensent de m'en occuper. »

L'article exclut les sociétés taisibles.

Rapport. — BOUTTEVILLE, au tribunat : « Les associations connues de nos aïeux sous le nom de *sociétés taisibles*, et qui se formaient par le seul fait de la cohabitation, ne convenant plus depuis longtemps à nos mœurs, le projet a le soin de rappeler le principe général qui veut que toute convention pour objet de valeur au dessus de cent cinquante francs, soit rédigée par écrit, et qu'aucune preuve par témoins ne puisse être admise contre et outre le contenu aux actes qui les renferment. »

GILLET, orat. du tribunat : « C'est avec non moins de raison qu'on a exigé que toute société fût constatée par écrit, lorsque sa valeur excède plus de cent cinquante francs ; sans cette mesure, les intérêts et les obligations de chaque associé eussent été livrés à des témoignages trop incertains ou à des conjectures trop arbitraires. Toutefois, cette disposition fait cesser une institution dont l'observateur aime à contempler quelquefois les derniers vestiges, celle de communautés tacites, qui avaient lieu dans plusieurs coutumes. Des familles unies depuis plusieurs siècles, sous le titre de *copersonniers*, avaient honoré cette institution, qui portait dans les mœurs quelque image de l'antiquité patriarcale.

« Mais la maturité de notre civilisation ne permet plus de conserver l'idée de ces usages que comme d'intéressants souvenirs. »

SOURCES.

INSTIT. Lib. III, tit. XXIII. — DIG. *De societate*, leg. 5, § 1. — *Pro socio*, leg. 4. — POTHIER. *Société*, nos 18 et 80, 4, 83 et 82.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1706. Conf. à l'art. 1834, C. F.

Haïti. — 1605. Id.

Hollande. — 1657. Id.

Canton de Vaud. — 1318. Toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent francs. La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société.

Louisiane. — 2805. Une société universelle ne peut être contractée sans écrit signé des parties et enregistré de la manière qui est indiquée ci-après.

Autriche. — 1178. Le contrat de société est nul lorsque les biens à apporter ne sont pas détaillés et inventoriés.

Prusse. — 170. Le but de la société et les droits respectifs des associés doivent sans aucune exception être rédigés par écrit, sous peine de nullité.

183-184. Quand la société n'a qu'un objet déterminé ou unique, il n'est pas nécessaire d'un contrat passé en justice.

SOMMAIRE.

194. La contrat de société est consensuel.

195. Dans le droit romain et dans notre ancien droit français, tout moyen logique était bon pour prouver l'existence de la société, quelle que fût la somme dont il s'agissait.

196. De là la société expresse et la société tacite.

Les sociétés tacites ou *taisibles* étaient très-fréquentes dans notre ancien droit. Renvoi au no 257.

On les appelait aussi *compagnies*. Étymologie de ce mot d'après Pasquier.

197. Leur décadence dans un grand nombre de provinces. Quelques coutumes les maintinrent.

198. Le code civil a voulu les supprimer entièrement. L'article 1834 est dirigé contre elles.

199. Il n'y a pas d'exception pour les sociétés faites en foire, par cultivateurs.

200. L'art. 1834 ne repousse pas les commencements de preuve par écrit, le serment, les interrogatoires sur faits et articles.

200 2°. *L'aveu fait preuve.*

200 3°. *Peut-on supposer facilement que la société a pu être contractée dans des circonstances telles qu'il n'était pas possible d'en dresser acte ?*

200 4°. *La preuve testimoniale n'est pas admise contre et outre le contenu en l'acte de société.*

201. Des sociétés dont l'objet est inférieur à cent cinquante francs.

202. Sur quelle base calcule-t-on la valeur de l'*objet* de la société ?

202 2°. Quid *si l'apport de tous ou de quelques-uns ne consiste qu'en industrie ?*

203. La preuve écrite d'une société dont l'objet est supérieur à cent cinquante francs, peut résulter de toute écriture quelconque, même de la correspondance.

204. A défaut du titre original, ou de la production de la correspondance qui contient les accords sociaux, la preuve peut résulter de tout écrit dans lequel les contractants se sont dits *communs et associés*.

205. Suite.

206. Réponse à l'objection tirée de ce qu'alors il n'y a pas *le fait double*.

207. De la déclaration de deux personnes qui disent *acheter en société*.

208. Quelquefois la société étant avouée, c'est sur l'exécution que portent les difficultés. La preuve testimoniale est admissible.

209. On peut aussi l'admettre pour prouver certains cas de dissolution de société.

209 2°. *Cas spécial où la société doit être authentiquement établie en matière civile.*

209 3°. *Cas où les parties ont entendu n'être liées, quant à leur convention de société, que lorsqu'elles en auraient fait un acte.*

210. La prohibition de la preuve testimoniale édictée par l'article 1834 ne concerne que les parties contractantes.

Les tiers peuvent faire la preuve orale de la société.

211. Mais pour cela il faut que la société se soit révélée à eux et qu'ils prouvent que les associés ont agi ouvertement, *nomine sociali.*

212. Des moyens que les tiers peuvent employer pour prouver la société.

213. Suite.

213 2°. *Réciproquement, le tiers qui a contracté avec une société non prouvée par écrit ne peut se dispenser d'exécuter son engagement.*

213 3°. *On admet plus facilement la continuation d'une société, même lorsqu'il y a eu publication de la dissolution.*

214. De la preuve des sociétés *de commerce.*

215. Ancien droit.

216. Ordonnances de Roussillon et de Blois.

217. Réclamation du commerce. Ordonnance de 1629. On ne l'exécute pas.

218. Abus nombreux.

219. Suite.

220. Ordonnance de 1673.

221. Résumé de ses dispositions; elle fait de la société de commerce une personne civile dont la naissance, l'état et la fin doivent être enregistrés et publiés.

222. Mais sa rigidité conduit à de grandes difficultés d'application.

223. Elle tombe en désuétude.

224. Réclamations du commerce.

225. Mais l'oubli de l'ordonnance n'en continue pas moins.

226. Le code de commerce a établi des règles définitives et strictement observées.

Il fait de l'écriture une condition essentielle de la société.

227. Comment ceci doit être entendu.

228. Les sociétés en participation ne sont pas assujetties à la règle de l'écriture.

229. Les tiers peuvent prouver, par tous les moyens de preuve, les sociétés commerciales en nom collectif et en commandite.

230. Ils peuvent même recourir à la preuve testimoniale.

231. Dépôt de l'extrait des actes de société, transcription et affiche.

232. Insertion dans les affiches judiciaires et dans le journal du département.

233. Mention de l'extrait.

233 2°. *Responsabilité du notaire en cas d'insuffisance de l'extrait.*

234. Suite.

235. Suite.

236. Suite.

237. Suite.

238. Combinaison ingénieuse pour concilier le secret nécessaire dans la commandite avec la publicité voulue par le crédit.

239. Peine de nullité prononcée par le code de commerce et par la loi de 1833, pour l'inobservation des formalités ci-dessus.

La nullité ne peut être tournée contre les tiers.

240. Elle est d'ordre public entre associés. L'omission des formalités légales fait supposer le dol.

241. La nullité ne peut être couverte. Oscillations de la jurisprudence.

242. Arrêts qui décident que la nullité est susceptible d'être couverte. Arrêt de cassation.

243. Suite. Arrêt de Grenoble.

244. Suite. Arrêt de Bordeaux rendu sous la présidence du savant Ravez.

245. Autre de la cour de Bruxelles.

246. Arrêts en sens contraire et qui décident que la nullité ne peut être couverte.

Décision topique de la chambre des requêtes de la cour de cassation.

246 2°. *Si cette nullité est d'ordre public, peut-elle être prononcée d'office par les tribunaux?*

247. Autres arrêts de la cour de Lyon et de plusieurs cours.

248. Cette seconde jurisprudence est la seule bonne. La loi qu'elle applique strictement a été déterminée par l'intérêt des tiers. Cette loi n'est pas cruelle, comme on pourrait le penser au premier coup d'œil. Elle assure des garanties au crédit.

248 2°. *La nullité de l'acte de société prononcée pour défaut de publication, entraîne avec elle la nullité de la clause de dédit.*

249. Mais la société étant nulle, comment se règle le passé entre associés? Discussion à cet égard.

250. Arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, expliqué et invoqué sur ce point important.

251. Tout *intéressé* peut se prévaloir de la nullité de la société de commerce.

Les créanciers personnels d'un associé peuvent poursuivre la nullité d'une société contre cet associé et contre ses associés eux-mêmes.

Bien plus, les créanciers d'un associé peuvent l'opposer aux créanciers de la société. Ils sont tiers *intéressés* pour argumenter d'une nullité qui fait présumer la fraude.

251 2°. *Limite ou droit qu'auraient les créanciers d'agir sur tous les biens de leur débiteur associé.*

252. Des formalités requises pour la société anonyme.

Elle ne peut être formée que par acte public. Affiche de l'ordonnance d'autorisation et de l'acte d'association.

253. Quelquefois il y a une société de fait qui *précède* l'autorisation. Effets de cette société. Renvoi au n° 475. Autre renvoi sur la marche à suivre pour l'obtention de l'ordonnance.

254. Ce n'est pas seulement la formation des sociétés de commerce qui doit être publiée.

Il faut aussi publier la *dissolution avant le terme fixé;*

La *retraite* d'un associé en nom;

L'adoption d'une *nouvelle raison sociale;*

La *modification* de clauses importantes;

La continuation de société après le terme expiré.

COMMENTAIRE.

194. Le contrat de société civile est un contrat consensuel (Coquille sur Nivernais, tome XXII, article 1); le consentement suffit à sa perfection; peu importe la forme que lui donnent les parties et l'ex-

pression dont elles le revêtent. Modestin disait : « Societatem coire et re et verbis et per nuntium « posse nos, dubium non est (1). »

195. A Rome, et dans notre très-ancienne jurisprudence, cette liberté de forme, dans le contrat de société, était entendue de la manière la plus large; on n'y avait pas introduit la distinction du droit moderne (distinction fort prudente du reste) entre le cas où la société avouée par les associés n'a pas besoin du secours des solennités extérieures pour fortifier un consentement qui suffit à tout; et l'autre cas, où, l'existence du contrat étant déniée, il faut en produire aux juges une preuve qui, pour être plus certaine, doit résulter de l'écriture, quand la somme excède un certain taux. Ni le droit romain, ni le droit français primitif, n'admettaient cette différence entre la société avouée et la société contestée. Alors même qu'elle était déniée, il était permis d'en prouver l'existence par tous les moyens de preuve, par l'écriture solennelle ou non solennelle, par les paroles, et même par les faits consonnants avec la société : *actibus societati consonantibus*, dit un savant interprète (2).

196. De là étaient sorties deux espèces de sociétés, la société expresse et la société tacite : la société expresse, c'est-à-dire, celle qui se contractait par des paroles, par une convention exprimée : c'était la société *verbis* de Modestin (3).

La société tacite, c'est-à-dire, celle dont la preuve reposait sur les faits dont je viens de parler, par exemple la vie commune, la participation aux gains et aux pertes : c'était la société *re* du jurisconsulte romain (4). La seule existence de ces faits suffisait pour faire tenir la société comme certaine, et pour dispenser de toute autre preuve. Nos coutumes sont pleines de sociétés tacites qui remontent aux temps les plus reculés (5); elles couvraient le sol de la France; elles étaient d'un grand secours à l'agriculture (6), maintenaient les familles dans l'union et la force, favorisaient le développement de l'aisance dans les classes inférieures (7). On les appelait communautés ou sociétés taisibles, ou même *compagnies* (8), et ce mot dépeignait, mieux qu'aucun autre, la vie commune et intime de ceux que le lieu de ces sociétés enveloppait; car compagnie vient du mot *compain*, « par lequel nos ancêtres, dit Pasquier (9), voulurent repré« senter celui avec lequel ils vivaient, ou (si ainsi « voulez que je le die) mangeaient leur pain d'ordi« naire... et nous, du mot *compain*, fîmes celui de « *compagnie* pour ceux qui mangeaient leur pain en« semblement (10). » En effet, le pain était le signe de la communauté; et quand les personnes de condition de mainmorte voulaient rompre leur association, le plus vieux d'entre eux, suivant une antique cérémonie de dissolution de société, prenait un couteau, et partageait le grand pain en divers chanteaux; d'où était venu ce proverbe juridique : ***Le chanteau part le villain*** (11).

197. Plus tard, les conditions sociales, qui avaient rendu ces associations si utiles, s'étant modifiées, le législateur les considéra d'un œil moins favorable; elles parurent une gêne, une source de discordes (12); quelquefois même un prétexte pour frustrer de légitimes créanciers (13). L'ordonnance de Moulins, qui prescrivait la nécessité de l'écriture pour la preuve des obligations (14), les fit tomber, dans un grand nombre de provinces (15) : elles se maintinrent cependant dans certaines coutumes, qui les réservèrent par des dispositions expresses, et suivant des conditions qui n'avaient rien d'uniforme (16). Mais par cela seul qu'elles étaient une exception dans le droit com-

---

(1) L. 4, D. *Pro socio*.

Add. DUVERGIER cite CUJAS, *ad hanc legem*.

(2) FAVRE, sur la loi 4, D. *Pro socio*.

(3) FELICIUS, cap. X, n[os] 1, 2.

(4) FELICIUS, cap. X, n° 15; BASNAGE, sur Normandie, t. II, p. 83, col. 1; MENOCHIUS *de præsumpt.*, lib. III, *præsumpt.* 56, n° 37; FAVRE, C. *Pro socio* 27, def. 3; MAYNARD, liv. II, chap. LXXI. LEBRUN a composé sur les sociétés tacites un traité que l'on trouve à la suite de son *Traité de la Communauté*.

(5) *Répert.*, v° *Communauté tacite*; LEBRUN, *loc cit.* Voyez aussi la préface, *suprà*.

(6) *Infrà*, n° 257.

(7) Id., je cite un passage de LEBRUN.

(8) Poitou, art. 231.

(9) Rech., liv. VIII, ch. XXIV, t. I, p. 804.

(10) *Junge* BRODEAU sur LOUET, lettre R, ch. XVII, n[os] 19 et 20.

(11) BRODEAU, *loc. cit.*; MASUER, *des Successions*, tit. XXXII, n° 20; DUMOULIN sur Bourgogne, art. 89; LOISEL, liv. I, tit. I, art. 73, 74, 75.

(12) HENRYS, t. I, p. 370; DUPARC-POULLAIN, t. V, p. 341, n° 12.

(13) LEBRUN, *des Sociétés tacites*, ch. II, n° 1.

(14) Voy. BOICEAU et DANTY, sur la nécessité de l'écriture pour les sociétés au-dessus de cent francs, d'après cette ordonnance, p. 148, n[os] 52 et suiv.

(15) ORLÉANS les proscrivait, art. 213. Voyez DUPARC-POULLAIN, t. V, p. 336, pour la Bretagne.

(16) TROYES, art. 101 :

« Quand aucunes personnes nobles, ou *franches personnes* usant de leurs droits, vivent ensemble à un commun pot, sel et dépense, en mélange de biens, par an et jour, ils sont réputés unis et *communs* en biens meubles et conquêts, s'il n'appert du contraire. »

SENS, art. 281.

CHARTRES, art. 61 : « Pour acquérir *droit de communauté* entre deux ou plusieurs, trois choses sont requises : la première, qu'il y ait lignage entre eux et qu'*ils soient de soi*, et usans de leurs droits; la seconde, qu'ils aient demeuré ensemble à *frais communs*, par an et jour; la tierce, qu'il y ait apport et communication de biens par chacune desdites parties : et ces trois dites choses concurrentes, ils sont *communs* en biens meubles et acquêts faits par eux ou l'un d'eux durant ladite communauté, s'il n'y a accord ou protestation au contraire. »

MONTARGIS, ch. IX.—DREUX, 102.—AUXERRE, 201.

CHAUMONT en Bassigny (sous Langres, Champagne), art. 75 : « Personnes usant de leurs droits, qui vivent ensemble à un commun pot, sel et dépense, après an et jour, ils *sont réputés communs* en biens meubles et conquêts immeubles faits *depuis la société contractée*, s'il n'appert du contraire. »

POITOU, art. 231 : « Si deux personnes ou plusieurs, *de roturière condition*, âgés de vingt-cinq ans et usans de leurs droits, demeurent ensemble par an et jour, vivent d'un même bien, et chacun d'eux ait apporté ses biens en fait commun de l'hostel, ils contractent *taisiblement* COMPAGNIE, etc., etc. »

ANGOUMOIS, art. 41.—SAINTONGE, art. 58.

BERRY, tit. VIII, art. 10 : « Frères ou sœurs, ou autres demeurans ensemble, vivans à même dépens ne sont pourtant réputés avoir contracté communauté. Toutefois si avec l'habitation, demeurance et dépense commune, y avait communication de gains, profits et pertes, *par an et jour*, entre personnes capables à contracter société, par ce serait induite TAISIBLE société *entre eux*, quant à la communication des meubles et conquêts faits et acquis durant et constant ladite taisible société.

LA MARCHE, art. 347.

NIVERNAIS, ch. XXII, des communautés et associations, n'admettait la société taisible qu'entre frères, sans quoi, elle devait *être expresse*; mais comment s'entendait cette *expression?* COQUILLE dit là-dessus que les étrangers qui se sont communiqué leurs profits, gains et moyens, *pendant un long laps de temps, par exemple* pendant six, huit, dix ans, sont *censés*

mun, la jurisprudence ne les admettait que dans les strictes limites de la coutume. Ainsi, si la coutume ne parlait que des frères (1), on ne l'étendait pas à d'autres personnes parentes ou étrangères. Si elle ne parlait que des roturiers, on n'appliquait pas les dispositions aux nobles (2), « lesquels, dit Lebrun, ne « s'attachent pas au commerce qui fait valoir ordi- « nairement ces sortes de sociétés ou communautés « tacites (3). » En un mot, les sociétés tacites n'étaient qu'une anomalie, et, en général, toute société devait, d'après l'ordonnance de Moulins, être rédigée par écrit quand la somme excédait cent livres (4).

198. Notre art. 1834 n'a pas voulu laisser de vestiges des sociétés tacites (5) : c'est dans la vue de les proscrire entièrement qu'il a rappelé, par une disposition qui pourrait paraître redondante, le principe général d'après lequel toute convention dont l'objet excède cent cinquante francs doit être prouvée par écrit (6). Les sociétés taisibles ne conviennent plus en effet à nos mœurs : les habitudes s'en éloignent. Il ne fallait pas faire fléchir, pour elles, la rigueur du droit sur la preuve des obligations (7).

199. Il y a cependant dans le mouvement des affaires civiles certaines sociétés que l'on contracte à l'improviste et pour un temps très-court, et qui sembleraient, au premier coup d'œil, mériter une exception : telles sont les sociétés faites en foire, ou pour affaires de foire, par les gens de la campagne et les cultivateurs. Le projet de code civil les dispensait de la preuve écrite (8). Mais un remaniement, dont les procès-verbaux du conseil d'État ne nous font pas connaître la trace, effaça cette disposition. Les sociétés civiles faites en foire restent donc soumises au droit commun. Le code civil n'a fait que se conformer à l'ancienne opinion de Boiceau et Danty (9).

200. Du reste, gardons-nous de considérer les expressions de l'art. 1834 comme tellement absolues que l'écriture soit le seul mode de prouver la société. L'art. 1834 n'a pas entendu faire de la société un contrat parfait par l'écriture ; il ne repousse ni les commencements de preuve par écrit appuyés de témoignages oraux (10), ni les interrogatoires sur faits et articles, ni le serment (11) : son but a été de rappeler le droit commun (12), et non pas d'innover au droit commun (13).

---

communs, et que ces actes joints au laps de temps font présumer le consentement ; que, seulement entre frères, on n'exige que l'an et jour. Sur l'art. 1.

Bourbonnais, art. 267, avait une disposition semblable. Voyez Papon, liv. XV, t. II, n° 18.

(1) Bourbonnais, différente en cela de Berry, qui disait *entre frères et sœurs*.

(2) Poitou.

(3) *Des communautés, ou sociétés tacites*, ch. I, n° 3.

(4) **Add.** *Jurisprudence.* — Avant le code et sous l'empire du droit romain, la société universelle *omnium bonorum*, pouvait être contractée tacitement et prouvée par témoins (l. 3, 4 et 7, ff. *pro socio*).

Mais la seule communion des biens entre cohéritiers était insuffisante pour établir cette société (l. 32, 33, 34, ff. *pro socio*, 3; *Inst. quæ quasi ex contr. nasc.*).

En tous cas, les faits invoqués à l'appui de la preuve de la société universelle tacite doivent être antérieurs à la promulgation du code, suivant lequel la preuve testimoniale n'est pas admissible au delà de cent cinquante francs (code civil, art. 1834, 1836. 3 février 1841. Bastia, Agostini. Dalloz, XLI, 2, 76).

(5) Le tribunal de Paris, dans ses observations sur le projet de code, les appelait plaisamment *des débris de nos institutions* coutumières; *suprà*, p. 78.

Add. Merlin, *Répert.*, v° *Communauté tacite*, § 7, partage l'opinion de Troplong, sur l'abolition des communautés tacites par l'art. 1834.

(6) Bouteville, tribun; *suprà*, p. 79.

Add. A l'égard de la régie de l'enregistrement l'allégation d'une société verbale ne suffit pas pour l'établir.

Jurisprudence. — Lorsqu'un immeuble acquis par un seul individu se trouve attribué pour moitié à la succession d'un autre que l'acquéreur, la mutation qui en résulte ne peut être affranchie du droit proportionnel, par l'allégation d'une société verbale intervenue entre l'acquéreur et le défunt, soit parce que l'existence de cette société n'est pas prouvée, soit parce que, fût-elle reconnue, il n'en résulterait pas moins la preuve d'une mutation lors de la formation de la société (cassation, 3 janvier 1832).

(7) Le tribun Gillet a fait là-dessus quelques phrases dignes de l'idylle. Dans ses observations sur le projet de code civil, la cour de Besançon avait demandé le maintien des sociétés taisibles comme favorables à l'agriculture; *suprà*, p. 79.

(8) *Suprà*, p. 78.

(9) Ch. IX, n° 4, et addit., n° 6.

(10) **Add.** Op. conf. Duranton, n° 344, et Duvergier, n° 69; voy. la note ci-dessus, n° 93.

Jurisprudence. — Cassat., 10 décembre 1825 (Sirey, XXVI, 1, 184); Nancy, 17 janvier 1829 (Sirey, XXIX, 2, 124).

(11) **Add.** Op. conf. Duvergier, n° 67; Duranton, n° 336, où il cite Pothier, n° 81; Favard, v° *Société*, ch. I, sect. I, § 1, n° 2; Delvincourt, t. VII in 8°, p. 280.

(12) Le tribunat l'a dit dans ses observations; *suprà*, p. 78. *Junge* Treilhard, *Exposé des motifs*, *ibid.*, p. 78.

(13) Duvergier n° 66, d'après Duranton, t. XVII, n° 336. *Junge* Pothier, n° 81.

Add. Duvergier dit ici, n°s 65, 66 : « Sous l'empire du code civil, le consentement suffit aussi à la perfection du contrat, l'écriture n'est point de son essence, elle est exigée seulement *ad probationem*. En un mot et sous ce rapport, la société est soumise aux principes qui régissent les conventions en général.

« La disposition de l'art. 1834 pourrait donner à penser le contraire, et faire supposer que si l'écriture n'est pas un élément constitutif du contrat, du moins elle est indispensable pour établir son existence ; que les autres espèces de preuves, telles que l'aveu fait en justice, la preuve testimoniale, les présomptions graves, précises et concordantes qui sont admissibles suivant les règles communes à toutes les conventions, cessent de l'être lorsqu'il s'agit de la société.

« On lit en effet, dans l'art. 1834, que toutes sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs ; que la preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs.

« On pourrait dire que cette reproduction littérale de l'art. 1341 était inutile si le législateur avait voulu laisser la société sous l'influence du droit commun ; qu'elle exprime, par conséquent, l'intention de la soumettre à une règle spéciale, de proscrire toute autre espèce de preuve que la preuve écrite, dès que l'objet de la convention excède cent cinquante francs, notamment de ne point admettre l'aveu de la partie, suivant l'art. 1356 et la preuve testimoniale, conformément aux art. 1347 et 1348.

« Cette induction ne serait pas seule assez puissante pour faire de la société un contrat en dehors des principes généraux, alors même que la reproduction de l'art. 1341 ne serait pas expliquée. On devrait plutôt y voir une redondance inutile que de l'accepter comme une dérogation aux règles communes à tous les contrats. Mais l'on n'est point réduit à cette extrémité fâcheuse d'avouer ou que la loi contient une superfétation, une répétition oiseuse, ou que la pensée d'une de ses dispositions est impénétrable. La discussion dans le sein du tribunat, le discours de son orateur au corps législatif, et l'exposé des motifs fait par Treilhard, au nom du gouvernement, révèlent l'intention qui a fait répéter, au titre *de la Société*, ce qui avait précédemment trouvé place au titre

200 2° (1).

200 3° (2).

200 4° (3).

201. Et quant aux sociétés dont l'objet est d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, l'art. 1834 dit expressément que la preuve testimoniale est admissible.

202. Mais il faut se demander ici sur quelles bases on calculera *la valeur de l'objet* de la société; car ces expressions du législateur ont quelque chose de vague, et, à la faveur de leur ambiguïté, la controverse a eu beau jeu. Tantôt elle a voulu que l'*objet* de la société fût la part prétendue par le demandeur (4); tantôt, au contraire, elle a soutenu que c'était l'ensemble des mises formant le fonds social (5) qui constituait *l'objet* de la société.

Déjà, dans l'art. 1833, le législateur s'est servi du mot qui fait ici la matière de la difficulté : « Toute » société doit avoir un objet licite. » Dans cet article, l'objet de la société ne se confond pas avec son but (6), et le texte semble les distinguer clairement. Le but de la société est de faire un bénéfice dans l'intérêt commun des parties; mais l'objet, c'est le genre de spéculation ou d'entreprise qui doit procurer ces bénéfices. Une société qui se constitue pour faire le commerce des bois a pour *objet* un commerce permis; une société qui entreprend l'exploitation d'un office a pour *objet* un commerce illicite.

Est-ce dans le même sens que l'art. 1834 parle de l'*objet* de la société et de sa valeur? Je le crois. S'il se fût préoccupé, d'une manière exclusive, du but final de la société, c'est-à-dire des bénéfices, il aurait mis la fin au commencement et le commencement à la fin; il aurait fait dépendre la preuve de la convention, par laquelle les parties se sont rapprochées dans l'origine, de l'événement qui le plus souvent voit la fin de leurs rapports; et comme les bénéfices sont toujours éventuels, qu'ils peuvent varier du tout au tout; il s'ensuit que la preuve d'une société serait aussi mobile que les circonstances auxquelles son succès est subordonné. On pourrait faire preuve de la société quand ses bénéfices seraient nésnt : au contraire on ne pourrait pas en prouver l'existence si sa fortune avait été meilleure.

Tout cela est déraisonnable : c'est au moment de la convention qu'il faut prendre les parties pour savoir si elles devaient, oui ou non, en passer écriture.

On s'attachera donc à vérifier la valeur de l'entreprise telle qu'elles l'ont constituée primitivement; on portera surtout son attention sur l'ensemble des mises sociales par lesquelles la société est entrée en fonctions.

Et, à cette occasion, je dirai franchement que je ne comprends pas que Duranton (7), scindant l'avoir social en autant de parts qu'il y a d'associés, veuille

---

des Contrats ou obligations conventionnelles en général. » Op. conf. de DELEURIE, n° 10944.

DUVERGIER cite ensuite l'opinion de BOUTTEVILLE et de GILLET; voir *suprà*, p. 78.

Comme conséquence du principe ci-dessus, DUVERGIER ajoute, n° 69 : « Enfin la preuve testimoniale doit être admise, s'il existe un commencement de preuve par écrit, si le titre a été perdu par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, ou si la société a été contractée dans des circonstances telles qu'il n'était pas possible de dresser un acte. »

Jurisprudence. — Il appartient à une cour d'appel de décider d'une manière souveraine qu'une demande en concession formée auprès du gouvernement par des personnes qui avaient découvert une mine, et la soumission de leur part au cahier des charges imposées par l'autorité, impliquent l'existence d'une société, et que c'est à cette société que l'arrêté royal de concession a attribué la propriété de la mine (14 décembre 1839, cass. Belg.: Bull., 1839, p. 413).

(1) **Add.** *L'aveu fait preuve.* — DUVERGIER l'enseigne ainsi, n° 68. Op. conf. de DURANTON, n° 336. TROPLONG le dit clairement, nos 195 et 207.

(2) **Add.** *Peut on supposer facilement que la société a pu être contractée dans des circonstances telles, qu'il n'était pas possible d'en dresser acte?* — DUVERGIER dit, n° 70 : « Il faut convenir avec Duranton, n° 345, que cette dernière hypothèse se présentera rarement; il ne faut point ajouter, comme lui, que les tribunaux n'accueilleraient probablement que très-difficilement la preuve testimoniale toute seule en pareil cas. Ordinairement les sociétés ne sont pas contractées fortuitement et à l'improviste. Presque toujours c'est avec maturité et après délibération, presque toujours, par conséquent, il est possible de les rédiger par écrit; mais enfin si l'on suppose que par un concours extraordinaire d'événements, au moment où la convention s'est formée, les parties ne pouvaient pas en dresser l'instrument, il y a nécessité d'admettre la preuve par témoins; et les juges qui la repousseraient violeraient ouvertement la loi. »

(3) **Add.** *La preuve testimoniale n'est pas admise contre et outre le contenu en l'acte de société.* — Cette conséquence de la règle posée dans l'art. 1834 est admise par tous les auteurs. DALLOZ dit à ce sujet (*Société*, ch. I, sect. 1re, n° 13) : « Par une disposition commune à toute espèce de convention, et dans la vue de ne pas livrer à des témoignages trop incertains, ou à des conjectures trop arbitraires, les intérêts et obligations de chaque associé, l'art. 1834 exige que toutes sociétés soient rédigées par écrit lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs. La preuve testimoniale n'est point admise contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis cet acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent cinquante francs. »

(4) DURANTON, t. XVII, n° 343.

(5) Arg. d'un arrêt de Turin du 24 mars 1807 (DALLOZ, *Société*, p. 84, note n° 4; SIREY, VII, 2, 241; DUVERGIER, nos 70 et suiv.).

(6) *Suprà*, n° 83.

(7) T. XIII, n° 306, et t. XVII, n° 343.

Add. Voici l'opinion de DURANTON : « L'objet de la société, pour le demandeur, c'est réellement la part qu'il y prétend; il serait absurde, par exemple, que si vingt personnes avaient mis en commun chacune dix francs pour une certaine destination, et livré ces sommes à l'une d'elles, aucune ne pût prouver par témoins la convention de société et la réalisation de sa mise sous prétexte que l'objet de la société, le fonds social, le total des mises était dans l'origine de plus de cent cinquante francs.

« Si l'on devait s'attacher à la somme ou valeur des mises, ou du fonds social primitif, il résulterait de là que, dans le cas d'une société entre vous et moi, je pourrais vous demander cinq cents francs, par exemple, et appuyer ma demande sur la seule preuve testimoniale, en prétendant que nos mises n'ont été que de soixante francs seulement chacune, mais qu'il y a eu des bénéfices qui ont élevé le fonds social jusqu'à la valeur de mille francs, et que vous avez en mains ces bénéfices. Or le but de la loi sur la preuve par témoins ne serait-il pas au contraire évidemment méconnu? Au lieu qu'il serait parfaitement atteint si la demande, appuyée sur la seule preuve testimoniale n'a pas pour objet une valeur excédant cent cinquante francs tout compris, mises et bénéfices allégués; en un mot, la part du demandeur dans les choses prétendues communes et détenues par le défendeur. » Op. conf. de DALLOZ, *Dict. gén.*, v° *Société*, n° 92.

DUVERGIER critique cette opinion de DURANTON; il dit, n° 74 : « L'objet de la société est l'ensemble des choses qui composent le fonds social; c'est donc la valeur de ces choses réunies, et non la valeur de chaque mise particulière, qui doit être prise en considération lorsqu'il s'agit d'apprécier l'espèce de preuve à l'aide de laquelle l'existence de la société peut être établie.

« Duranton ne partage point cette opinion. « Il serait absurde,

que l'objet de la société se réduise pour chacun d'eux à la portion qu'il y prétend. Duranton ne s'aperçoit donc pas qu'il détruit le lien social, et fait de la société, non une collection d'intérêts, mais une simple juxtaposition d'individus distincts! Et savez-vous ce qui résultera de là? que, dans le cas d'inégalité des mises sans bénéfices, la preuve sera accessible pour celui dont la mise ne sera que de 149 francs, tandis que l'autre associé, qui aura versé 152 francs, sera non recevable à la proposer!

En présence de tels résultats, je crois que l'on peut conclure avec certitude que la valeur dont la loi veut qu'on tienne compte, c'est la valeur de toutes les mises réunies (1).

On pourrait seulement se demander, si l'on ne devrait pas réunir à la valeur des mises les bénéfices réalisés à l'époque de la demande en preuve. Mais rappelons-nous ce que nous disions tout à l'heure, c'est-à-dire, que pour savoir si les parties ont dû rédiger un écrit de leurs conventions, il est nécessaire de se reporter à l'instant même du contrat (2). Or, dans ce moment il n'y a pas de bénéfices, et l'on ne sait même

---

« dit-il, que si vingt personnes avaient mis en commun chacune « dix francs pour une certaine destination, et livré ces sommes à « l'une d'elles, aucune ne pût prouver par témoins la convention « de société et la réalisation de la mise, sous prétexte que l'objet « de la société, le fonds social, le total des mises, était dans l'ori- « gine de plus de cent cinquante francs. »

« Sans doute, si plusieurs personnes, agissant séparément, confient à une autre la faible somme de dix francs, chacune pourra établir par des témoignages sa convention particulière. Mais, si dirigées par une même pensée, se proposant un but unique, elles mettent en commun des choses dont la valeur excède cent cinquante francs, on ne voit point pourquoi elles seraient affranchies de l'obligation de consigner leur convention dans un écrit. La société n'est point une réunion de contrats séparés et distincts; c'est un contrat unique qui embrasse plusieurs intérêts et qui lie plusieurs personnes. Chaque associé n'a pas songé seulement à sa mise, il a vu et su à quelle somme s'élevait le fonds social composé de toutes les mises particulières : il s'est peut-être déterminé à entrer dans l'association, précisément en considération de la valeur de ce fonds; il n'y a donc pas de motif raisonnable pour dire que, relativement à chaque associé, l'objet de la société, c'est sa mise personnelle. Souvent les mises sont inégales; il peut arriver qu'il y en ait une supérieure et une autre inférieure à cent cinquante francs; il faudrait donc alors admettre que, pour celui qui aurait fourni la première, la preuve testimoniale serait impossible, et qu'elle serait permise à celui qui aurait donné la seconde. Ainsi, la prohibition et la faculté coexisteraient; aujourd'hui des témoignages seraient admis, demain il faudrait un écrit pour établir l'existence de la même convention; la société prouvée à l'égard de Paul, ne le serait pas à l'égard de Pierre; la preuve insuffisante, pour celui-ci, serait efficace pour celui-là. Voilà où l'on arrive, lorsque au lieu de se tenir constamment attaché à un principe fixe, on cède à l'influence des faits, on se laisse séduire par des considérations. »

Voici l'opinion de DELVINCOURT : il dit, t. VII in-8°, n° 180 : « Mais quelle chose devra être considérée pour déterminer si la preuve doit être admise? Est-ce la mise ou le profit, ou les deux ensemble? Il faut distinguer : si l'on prétend que la société est dissoute, et que la demande soit en partage de la mise et des profits, ce sera le montant de la demande qu'il faudra considérer pour savoir s'il y a lieu à admettre la preuve testimoniale, mais si le partage du profit seulement est demandé, et que la demande suppose une mise dont le montant joint à la part demandée dans le profit, excède cent cinquante francs, je pense que la preuve testimoniale doit être refusée (argument tiré des art. 1341, 1344). »

(1) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, n° 74 voyez la note 7 de la p. 83; d'AUBRY et RAU sur ZACHARIÆ; de MAZERAT sur DEMANTE, n° 509.

(2) **Add.** C'est l'opinion de TOULLIER, t. IX, n° 40. DUVERGIER la rappelle en ces termes, n° 72 : « Toullier a posé en cette matière le principe suivant : « c'est au moment de la « convention, au moment où l'obligation est contractée qu'il « faut se reporter pour savoir si elle peut être prouvée par « témoins. »

Op. conf. de DUVERGIER, *loco citato*, où il continue en abondant dans le sens de l'opinion de TROPLONG : « Si l'objet de la société était de plus de cent cinquante francs, la loi obligeait les associés à rédiger leurs conventions par écrit. En n'obéissant pas à son injonction, ils se sont volontairement exposés à ne pouvoir point invoquer des témoignages; ils n'ont donc pas à se plaindre, si cette faculté leur est refusée. Qu'importe que par l'effet d'un payement, ou de toute autre circonstance, l'obligation née de la convention soit réduite au-dessous de sa valeur primitive? Ce n'est pas là un motif suffisant pour mettre à l'écart la prohibition. D'une part le législateur a indiqué formellement la volonté de la maintenir (art. 1344); de l'autre, il est juste que celui qui n'obéit pas à la loi subisse la peine qu'elle prononce contre l'infraction.

« Si, au contraire, l'objet de la société n'excédait pas cent cinquante francs, les associés n'ont pas été obligés d'en dresser acte. Ils ont su qu'ils pourraient prouver leur convention par témoins. Comment prétendre que ce droit cessera, si les bénéfices s'élèvent à une somme telle, qu'au moment où l'un d'eux viendra réclamer sa part, cette part excède cent cinquante francs? Ce serait déterminer l'espèce de preuve admissible pour prouver une convention, non d'après son objet, mais d'après des événements imprévus. Les parties ne sauraient pas, au moment du contrat, quelles preuves elles devront fournir pour établir son existence. Leur droit, sous ce rapport, serait sujet à des variations incessantes. Selon l'état de la société au moment où un associé formerait sa demande, il pourrait produire des témoignages, ou il serait obligé de fournir des titres écrits; on verrait même ces deux genres de preuves devenir successivement possibles et impossibles; aujourd'hui des témoins pourraient être entendus, demain ils devraient être repoussés; plus tard leurs dépositions deviendraient de nouveau recevables, pour cesser de l'être encore une fois. Telle n'a pas été la pensée qui a dicté les dispositions des anciennes ordonnances sur cette matière, et les textes du code civil qui les ont reproduites. On a toujours entendu que l'objet de la convention, au moment où elle se forme, et la valeur qu'il présente, doivent déterminer d'une manière stable et définitive l'espèce de preuve que pourraient employer les contractants.

« Sans doute, quand on a subordonné l'admission de la preuve testimoniale à la valeur des choses qui donnent naissance à une contestation, on s'est fondé sur ce que celui qui pourrait obtenir, à l'aide de témoignages, une somme considérable, aurait par cela même les moyens de corrompre des témoins.

« Ce n'est pas le seul motif qui ait déterminé le législateur. Toullier enseigne que la défense d'admettre la preuve testimoniale, dans les cas prohibés, a été faite d'abord pour obvier à cette multitude de procès dispendieux et compliqués que faisait naître l'admission de la preuve testimoniale, dans le cas où l'on n'avait pu s'en procurer une littérale; procès dont la multiplicité et l'importance portaient le trouble dans le sein de la société, en divisant non-seulement les individus, mais encore les familles et les amis, qui ne manquent jamais de prendre parti pour ou contre l'une ou l'autre des parties belligérantes. *Premier motif*, dit-il, qui intéresse la paix de la société (tome IX, n° 41).

« Il paraîtrait donc logique de prendre pour régulateur de l'admissibilité de la preuve, le chiffre porté dans la demande et non la valeur de l'objet du contrat. Mais la règle n'est pas ainsi faite, elle ne pouvait même pas être posée de cette manière.

« Il fallait dire avec clarté et précision en quels cas on devrait prendre la précaution de constater les conventions par des écrits; il fallait que chacun sût, en contractant, de quel genre de preuve il était obligé de se pourvoir, qu'il connût la limite au delà de laquelle le témoignage des hommes devenait suspect et l'écriture indispensable. Certes, ce but n'aurait pas été rempli,

pas s'il y en aura. Vainement argumenterait-on de l'article 1342 qui exige la réunion du capital et des intérêts. Les intérêts sont un accessoire nécessaire et certain du capital. Rien, au contraire, n'est plus chanceux que la réalisation des bénéfices, et la société, au lieu de gagner, est exposée à tout perdre. Saisissons-la donc à l'époque de sa constitution, et abstraction faite de tout événement ultérieur.

C'est, au surplus, ce qui a été jugé par la cour de Turin, dans une espèce curieuse, qui doit un moment fixer notre attention. Le 15 septembre 1806, Franco et Marocco se rencontrent sur la route de Rivoli : « J'ai de bons numéros pour la loterie qui « doit se tirer demain, » dit Marocco à Franco. Là-dessus ils conviennent d'une société, et Franco remet à Marocco la légère somme de 1 fr. 25 c.

Mais quel était l'objet de cette société ? Étaient-ce les numéros que Marocco avait déjà pris au moment de l'entrevue? ou bien était-ce une société générale pour toutes les mises que Marocco avait faites et devait faire par la suite? ou bien encore la société ne portait-elle que sur les billets que Marocco prendrait à l'avenir?

Très-importante était la question pour Franco ; car, au moment du contrat, Marocco était déjà porteur d'un billet qui gagna plus tard 7,178 francs.

Le même jour, après avoir quitté Franco, Marocco avait pris un autre billet de loterie, qui gagna 27 fr. ; il en remit moitié à son associé. Sur ce point aucune contestation. Mais Franco prétendit n'être pas satisfait par ce partage; il soutint qu'il devait avoir aussi moitié des 7,178 fr., et c'est alors que Marocco allégua que la société verbale n'embrassait que l'avenir, et nullement les billets déjà pris au moment de la rencontre.

La cause ayant été portée devant les tribunaux, la cour royale de Turin condamna par son arrêt du 24 mars 1807 le système de Marocco.

Au nombre des moyens que ce dernier employait, il en était un qu'il tirait de l'art. 1834 du code civil, lequel prohibe la preuve testimoniale de toute société dont l'objet est de plus de 150 fr. Mais voici comment la cour le réfuta.

« Considérant que la disposition de l'art. 1834 est « totalement inapplicable à l'espèce, puisque l'*objet* « *de la société* dont il s'agit est d'une valeur de beau- « coup inférieure à 150 fr., et que, d'ailleurs, il n'est « pas douteux que pour déterminer l'*objet de la société* « il faut uniquement regarder le montant de *la somme* « et de *la valeur* de la *chose que les parties ont mise* « *en commun*, le bénéfice qui peut en résulter n'étant « qu'un objet incertain, futur, accessoire, et dépen- « dant du contrat principal de société : d'où il s'ensuit « que la preuve testimoniale était admissible (1). »

---

si la loi eût donné pour base à sa prohibition, au lieu de la valeur des choses au moment de la convention, la quotité nécessairement incertaine des sommes qui pourraient être réclamées dans l'avenir. L'art. 1344 suppose qu'une demande est formée pour une somme qui n'excède pas cent cinquante francs; la subornation des témoins n'est donc pas présumable; et cependant la preuve testimoniale reste frappée de prohibition, à cause de la somme à laquelle se montait la créance dans l'origine. Danty donne la véritable raison pour laquelle, dans ce cas, la preuve testimoniale est repoussée. C'est parce que « celui au- « quel il est dû plus de cent livres a dû prendre la précaution « d'en passer un acte par écrit suivant l'ordonnance ; et que si la « preuve testimoniale était permise, il s'ensuivrait que, contre « la disposition expresse de l'ordonnance, on pourrait prouver « par témoins une convention verbale excédant cent livres. »

« Qu'on songe à quelles conséquences singulières conduirait la doctrine que je combats.

« On aurait contracté pour choses excédant cent cinquante francs ; on aurait enfreint la loi qui exigeait qu'il en fût passé acte par écrit, et cependant on pourrait prouver plus tard l'existence de la convention, parce que le temps et les événements auraient réduit l'intérêt des parties, et que l'une d'elles ne réclamerait que cent cinquante francs seulement ou une somme inférieure!

« Supposons, au contraire, qu'une convention ait eu pour objet des choses d'une valeur de cent cinquante francs ou au-dessous. Bien que les parties aient compté et dû compter sur la possibilité d'en établir l'existence par des témoignages, bien qu'elles n'aient violé aucune loi, qu'elles n'aient à se reprocher aucune négligence, il suffira qu'une cause quelconque élève la créance à plus de cent cinquante francs, pour que la preuve qui était permise dans l'origine cesse de l'être, pour que la faculté qu'accordait un texte formel soit perdue!

« Ainsi, la faveur serait pour celui qui aurait enfreint la loi ; la prohibition pour celui qui l'aurait exactement observée!

« L'inconséquence et l'iniquité de ces résultats sont évidentes; cependant un texte semble en admettre une partie. L'art. 1342 veut, en effet, que la prohibition s'applique au cas où l'action contient, outre la demande du capital une demande d'intérêts qui réunis au capital excèdent la somme de cent cinquante francs. C'est bien défendre de prouver, à l'aide de témoignages, l'existence d'une créance, quoiqu'elle fût moindre de cent cinquante francs quand elle s'est formée, et par cela seul qu'elle s'est accrue au delà de cette somme. Mais, dans cette hypothèse, il y a une violation indirecte des dispositions de la loi, et par conséquent juste motif d'appliquer la peine qu'elles prononcent. Lorsque l'objet d'un engagement est une somme tellement voisine de la limite légale, qu'il suffit que quelques intérêts soient joints au principal pour que le total dépasse cent cinquante francs, le créancier doit s'imputer ou de n'avoir pas exigé le payement des intérêts avant qu'ils fissent obstacle à la preuve testimoniale, ou d'avoir accepté sans écrit une obligation qui devait si promptement excéder le chiffre fatal. Dira-t-on que quiconque forme une société doit également prévoir que les bénéfices s'élèveront assez haut pour que la preuve testimoniale ne soit plus admissible lorsqu'il s'agira de les partager? Il est évident que les positions ne sont point semblables. La somme que produiront les intérêts est connue d'avance; le jour où, réunis au capital, ils excéderont cent cinquante francs, est certain ; au contraire, les bénéfices d'une société, qui peut en déterminer la somme et le temps?

« Au surplus, si l'on admettait l'assimilation, on ne devrait plus se borner à dire, avec l'art. 1834, que les sociétés doivent être rédigées par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs ; il faudrait proclamer la nécessité d'un acte écrit pour la constatation de toute société ; car, dans toutes, se rencontre la possibilité d'un accroissement du fonds social au moyen des bénéfices. Ainsi, la disposition exceptionnelle de l'article 1342 ne doit pas être étendue à la matière qui est ici traitée ; et pour décider si la preuve d'une société peut être faite par témoins, il faut considérer uniquement l'objet de la société et sa valeur. S'il est de plus de cent cinquante francs, la prohibition est applicable, alors même que la part réclamée par un associé serait au-dessous ; et, *vice versâ*, si l'objet de la société n'excède pas cent cinquante francs, la preuve testimoniale est permise, quoique la demande formée par un associé tende à obtenir une somme plus considérable. »

(1) **Add.** Voici les observations de DURANTON sur cet arrêt : « Dans l'espèce les deux mises étaient d'une trentaine de sous chacune, pour jouer à la loterie, et il y avait eu un gain de 7,178 francs, plus un autre de 27 francs; mais comme la mise à la loterie qui avait produit les 7,178 francs avait déjà eu lieu au moment où celui qui l'avait faite avait reçu de l'autre sa mise dans la société, le premier prétendit ensuite que ce gain devait lui appartenir à lui seul, et qu'il ne devait y avoir de commun que le gain de 27 francs. C'est plutôt sur ce point que roulait en réalité le procès, que sur l'existence de la convention de société, qui a fini par être avouée dans le cours de l'instance. »

« L'observation est exacte, dit DUVERGIER, mais elle n'est pas

202 2° (1).

203. Du reste, la loi n'attache à la preuve écrite aucune forme sacramentelle ; que l'acte soit authentique, qu'il soit sous seing privé, avec date certaine, peu importe. La preuve peut même résulter de la correspondance, comme en matière de vente (2).

204. Mais est-il nécessaire de représenter l'acte de société lui-même, avec toutes ses stipulations et ses clauses, ou, du moins, la correspondance par laquelle les parties ont fixé leurs rapports et réglé leurs conditions? Non! La jurisprudence n'a pas entendu l'art. 1834 d'une manière aussi rigoureuse. Elle se contente de tous écrits quelconques attestant que les parties reconnaissent qu'elles sont ou ont été associées. A ses yeux, le point capital est que la preuve soit littérale et qu'elle ne repose pas sur les témoignages oraux que la loi frappe de suspicion (3).

C'est précisément ce qu'enseignait Coquille d'après Dumoulin (4). « Si, en aucuns contrats, les contractans *se nomment et disent communs parsonniers*, cela sert non-seulement pour prouver la communauté déjà contractée par la raison de la loi *optimam*, C. *de cont.* et *commit. stipul.* et de la loi *Publia*, § *ultim.*, D. *depositi*, mais aussi pour *disposer et introduire communauté* ; car la société est au nombre des contrats qui sont parfaits par le consentement. Et quant à la preuve, la règle en est générale, *quand l'énonciation est faite entre personnes* qui lors avaient pouvoir de disposer. (*Molin. in Annot. ad consil. Alexandri* 21, cons. 1.) A quoi je voudrais ajouter : pourvu que telle énonciation se fasse sérieusement et en acte concernant tel négoce, par la raison de la loi *Dicus*, D. de *Milit. test.* et loi 1 *Privatus*, D. *qui et à quib. manumiss.* »

Voici, en effet, les paroles de Dumoulin (5) :

« Limito primò, quando illud enuntiatum importat dispositionem, et profertur ab eo, vel ab iis, qui disponere possunt ; ut cum quis contraxit tanquàm hæres. »

Ainsi, dans une affaire jugée par la cour royale de Paris, entre la femme Dalvimart et les frères Véry, au sujet d'une société relative au café des Tuileries, alors appelé le *Café des consuls*, il fut décidé que, bien que l'acte primitif de société ne fut pas représenté, il y avait néanmoins preuve suffisante de l'association : 1° dans une lettre par laquelle l'un des frères Véry, tant en son nom que pour son frère, en avait reconnu l'existence ; 2° dans un acte sous seing privé, signé Dalvimart et Véry frères, qui dissolvait la société moyennant 24,000 fr. promis à la femme Dalvimart (6).

De même, la cour de Bruxelles, par arrêt du 28 février 1810 (7), a fort bien décidé qu'une pétition adressée par trois individus, se disant adjudicataires des droits à percevoir sur les quais de Bruxelles, donnait une preuve littérale et suffisante d'une société formée entre ces trois individus pour la ferme de ce droit, et ne rendait pas nécessaire la production de l'acte de société.

Enfin je trouve une décision pareille dans un arrêt de la cour de Turin du 10 avril 1811 (8).

205. Cette jurisprudence me semble parfaitement sage et prudente. Elle satisfait à tous les intérêts comme aux exigences de la loi. Cette qualité d'associé prise par écrit, soit dans les rapports d'associé à associé, soit au dehors, est une vraie reconnaissance, qui dispense de la représentation du titre primordial dans le sens de l'art. 1337 ; car, à elle seule, elle reproduit cet acte originaire dans son intégrité et sa perfection.

Vainement dirait-on que la seule qualité d'associé prise par un individu est, en soi, insuffisante, puisqu'elle laisse ignorer les conditions qui ont pu être faites sur les parts, sur l'avoir, sur la durée de la société. La réponse est que les parties, qui originairement n'ont pas couché leurs accords par écrit, n'ont voulu faire rien autre chose qu'une société légale, si je puis parler ainsi ; qu'il est de toute évidence qu'elles s'en sont référées à ce que la loi a réglé sur ces divers points en l'absence de toute convention spéciale, et que dès lors la société se présente complète dans son organisation. De tout temps, la doctrine et la jurisprudence ont regardé la prise de qualité d'associé dans des actes écrits comme preuve entière d'une association (9).

206. On a cependant fait une objection.

Dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, l'écriture dont on tirait la preuve d'association n'avait pas été faite en double. La même circonstance se rencontrait dans l'arrêt de Turin, où un bail passé avec un tiers, par deux bailleurs se disant associés, était le fondement de la preuve de la société. Or, on argumente de là pour soutenir, l'art. 1325 à la main, que cet article a été méconnu par les deux arrêts en question.

A mon avis, il y a méprise et confusion (10).

C'est à peu près comme si l'on prétendait que la preuve d'une société ou d'une vente faite par corres-

---

concluante. L'arrêt admet la preuve testimoniale pour établir les clauses d'une société dont l'objet était au-dessous de 150 francs, quoique les bénéfices s'élèvent fort au-dessus de cette somme ; il pose donc le principe que l'admission de la preuve testimoniale ne dépend pas de la somme qui est l'objet de la demande.

(1) **Add.** Quid *si l'apport de tous ou de quelques-uns ne consiste qu'en industrie ?* — MAZERAT sur DEMANTE, n° 510, répond : « Si l'apport de tous ou de quelques-uns des associés ne consiste qu'en industrie, il faut l'évaluer ; et, si elle excède la valeur de cent cinquante francs, on applique l'art. 1834 : il faut prouver la société par écrit. »

(2) Voy. mon *Comm. de la Vente*, n°s 21 et 31 ; STRACCHA, décis. 31, n° 6.

(3) MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 536.

(4) Sur Nivernois, t. XXII, art. 1 *in fine*.

(5) Ad vol 1, cons. 21, d'ALEXANDRE.

(6) Paris, 27 avril 1807 (DALLOZ, *Société*, p. 84 ; SIREY, VII, 2, 1204).

(7) DALLOZ, *Société*, p. 84. SIREY, XIV, 2, 93.

Add. *Décis. not.*, t. XXI, p. 84.

(8) DALLOZ, *Société*, p. 84 ; SIREY, XIII, 2, 332.

Add. Cette décision est critiquée par DUVERGIER. Voyez ci-après, n° 206, note.

(9) STRACCHA, déc. de la rote de Gênes, XXXIX, n°s 1 et 2 : il cite SOCIN.

(10) *Contrà* DUVERGIER, n° 81.

Add. Voici l'opinion de DUVERGIER, n°s 81 et 83 : « C'est donc sur les cas dans lesquels l'admission des preuves est déterminée par des raisons exceptionnelles, que l'attention doit se porter.

« Un arrêt de la cour de Turin, du 10 avril 1811, fournit un exemple d'autant plus remarquable, qu'au premier coup d'œil on est porté à croire qu'il a été rendu par application des principes généraux.

« Un sieur Tortone prétendait qu'une société avait été formée entre lui et le sieur Cufasso : celui-ci niait, et soutenait qu'à défaut d'acte écrit, aucune preuve n'était admissible. Tortone produisait, comme justifiant son allégation, plusieurs titres, et notamment un bail dans lequel lui et Cufasso, stipulant avec un tiers, s'étaient expressément qualifiés d'associés. Cette qualification a paru à la cour constituer une preuve suffisante, aux termes de l'art. 1322 du code civil, qui porte que l'acte, soit authentique, soit sous seing privé, fait foi entre les parties, même de ce qui n'y est exprimé qu'en termes énonciatifs, pourvu que l'énonciation

pondance est condamnée par l'art. 1325 comme manquant du fait double. Je sais bien qu'on a soutenu cette proposition : car que n'a-t-on pas soutenu? Mais qu'en pensent la doctrine et la jurisprudence (1)? La mention du fait double n'est exigée par l'art. 1325 que pour la perfection de l'acte, de l'instrument, que les parties rédigent contradictoirement pour asseoir leurs conventions synallagmatiques. Il est naturel, il est logique, dans ce cas, que chaque partie ait par devers elle la copie de l'acte qui engage l'autre partie. Mais quand la nature de l'acte et la position des parties résistent au fait double, n'est-il pas étrange qu'on réclame l'application, évidemment impossible, de l'article 1325? N'oublions pas que ce que nous recherchons, ce n'est pas l'acte constitutif de la société. Celui-là ne serait pas valable s'il ne satisfaisait pas aux exigences de l'art. 1325. Mais nous n'avons pas besoin de ce règlement primitif des rapports des associés. Il nous suffit de trouver la société en fonctions et témoignant de son existence par des pièces écrites. Or, je le répète, vouloir que ces pièces aient la formalité du fait double quand leur nature y répugne, c'est tomber dans l'exagération; c'est ajouter à l'art. 1834 qui, en exigeant une preuve écrite de l'acte de société (2), ne fait pas une nécessité de produire l'acte primordial et constitutif, mais se contente de tout écrit portant la manifestation de la société. C'est oublier surtout qu'une reconnaissance n'est pas un acte synallagmatique, et que la signature de la partie dont elle émane suffit pour lui imprimer toute la force dont elle a besoin.

207. Ces observations, du reste, expliquent une difficulté que Duranton n'a pu résoudre qu'en ressuscitant les sociétés tacites dont le code civil ne veut plus.

Il se demande (n° 342) si, deux personnes déclarant acheter *en société* (3) une forêt sur la revente de

---

ait un rapport direct à la disposition. Cet article pouvait-il être appliqué, l'aurait-il été, si, au lieu d'une société, il eût été question de prouver tout autre contrat? Cela est douteux. L'art. 1320 n'entend pas accorder aux simples énonciations un degré de certitude plus grand que celui qui est attribué aux stipulations formelles; et si l'accomplissement de quelques formalités est nécessaire pour que l'acte fasse preuve des conventions qu'il renferme, ces formalités sont également indispensables, pour que foi soit accordée aux énonciations qu'il contient. Or, on sait que tout acte sous seing privé, contenant des conventions synallagmatiques, n'est pas valable, s'il n'est fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Le bail, pris comme offrant la preuve de la société, n'était donc pas un acte valable. Sans doute, il avait été fait en deux originaux, l'un pour les preneurs, l'autre pour le bailleur; et, en tant que bail, rien ne manquait à sa validité. Les deux associés avaient un intérêt identique, relativement au tiers avec lequel ils avaient contracté; sous ce rapport, il suffisait d'un seul original pour tous les deux. Mais si l'on se place à un autre point de vue, si l'on s'attache aux énonciations qui fournissent la preuve de la société, les intérêts des associés cessent d'être unis et confondus; ils se divisent, ils deviennent même contraires; dès lors, un original était nécessaire pour chaque associé, et celui qui était entre les mains de l'un ou de l'autre ne remplissait plus le vœu de l'art. 1325 du code civil. La décision de la cour de Turin laisse donc prise à la critique, si elle est uniquement fondée, comme l'indiquent ses considérants, sur le droit commun et sur la disposition de l'art. 1320 du code civil. On ne peut d'ailleurs la défendre, en disant que les deux associés, ayant exécuté le bail, étaient non recevables à exciper du défaut de confection d'un original pour chacun; car c'est leur engagement envers le tiers qui avait reçu son exécution, et non leurs obligations respectives en qualité d'associés.

« Cependant, tout en critiquant, comme je viens de le faire, les motifs de cet arrêt, je pense qu'il a donné une solution juridique aux questions qui étaient soumises à la cour, et qu'il a fait bonne justice en voyant dans la qualité d'associés prise par Tortone et Cufasso, la preuve qu'une société avait existé entre eux. Je vais expliquer les raisons sur lesquelles est fondée cette opinion.

« On ne trouve dans les recueils d'arrêts que peu de détails sur la situation respective des deux associés, il n'est point dit précisément quel but se proposait celui qui demandait à prouver l'existence de la société; seulement, la nature et le nombre des actes qui étaient présentés comme preuve indiquent que la société remontait à un temps éloigné, et qu'elle avait reçu une exécution assez prolongée. Il est donc vraisemblable que le demandeur réclamait, plutôt pour le passé, l'effet des rapports qui avaient existé entre lui et son associé, que leur continuation dans l'avenir. En pareille occurrence, il était permis de se montrer plus facile sur les éléments de la preuve; car c'était moins une convention qu'un fait qu'il s'agissait d'établir. Celui qui, dans une semblable situation, allègue l'existence de la société, ne dit pas précisément qu'à une époque déterminée, une convention est intervenue entre son adversaire et lui; qu'elle a créé entre eux une association; qu'elle en a fixé la durée; qu'elle leur a assigné telle ou telle part dans les bénéfices et dans les pertes; qu'enfin ils sont liés par telles ou telles stipulations. Il se borne à citer des faits incontestables, à montrer certains actes qui ne peuvent s'expliquer que par l'existence d'une association antérieure, à laquelle il veut faire produire ses conséquences naturelles. Si telles ont été en effet les circonstances et les prétentions sur lesquelles a eu à prononcer la cour de Turin, je crois qu'elle a pu accueillir la preuve qui lui était offerte; mais elle aurait, à mon sentiment, violé tous les principes, si, sur la simple énonciation contenue dans le bail, elle avait déclaré qu'une société était formée entre les parties, pour une durée déterminée et avec des conditions particulières. Tout au plus aurait-elle pu voir dans le bail un commencement de preuve par écrit et permettre de le compléter par la preuve testimoniale, ou par des présomptions graves, précises et concordantes.

« Ainsi, ou l'associé se propose d'établir qu'une convention composée de stipulations diverses est intervenue, et il en demande l'exécution, ou il se borne à soutenir qu'il a existé une association dont les effets doivent être réglés suivant le droit commun. Dans le premier cas, il faut appliquer rigoureusement les règles générales; dans le second, on peut admettre comme preuves, des faits ou des actes qui supposent nécessairement le fait d'association. Cette distinction se retrouve dans un arrêt de la cour de Paris, rendu entre les frères Véry et la dame Dalvimart le 17 avril 1807 (Sirey, VII, 2, 1204; Dalloz, XXV, 264), et dans un arrêt de la cour de Bruxelles, du 28 février 1810 (Sirey, XIV, 2, 93; Dalloz, XXV, 265; *Quest. de droit*, de Merlin, v° *Société*, § 1). Elle renferme, au surplus, dans des limites bien arrêtées l'exception à la règle générale.

« Une double cause a amené cette espèce de transaction avec les principes.

« D'une part, les anciens usages et les dispositions des coutumes, qui tenaient pour associés ceux qu'on voyait vivre en commun et confondre leurs intérêts, n'ont pas perdu tout à coup leur influence; les lois abrogent les lois, mais elles ne changent pas en un jour les mœurs et les habitudes. Il est tout naturel que des faits qui anciennement eussent produit une présomption légale, aient quelquefois paru aux juges constituer une preuve.

« D'un autre côté, l'exécution de presque tous les contrats consiste en un fait unique, ou en un petit nombre de faits qui, d'ailleurs, se passent entre les parties contractantes seulement.

« La société, au contraire, se révèle par des actes géminés, et auxquels les tiers sont fréquemment appelés à concourir : ce n'est donc pas sans raison que l'on a souvent admis comme preuves des sociétés, les inductions tirées des faits d'exécution, et les énonciations placées dans des actes émanés des associés, surtout lorsque des tiers y ont figuré. »

(1) Voy. mon *Comm. de la Vente*, t. I, n°s 21 et 31.

(2) **Add.** *Observ.* N'eût-il pas fallu dire : De l'existence de la société?

(3) *Suprà*, n° 29, divers cas examinés.

Add. DELVINCOURT, après avoir rappelé que le contrat de

laquelle ils doivent faire de grands bénéfices et qui a été mise aux enchères par son propriétaire, cet écrit ne vaudra pas comme preuve de société, quoiqu'il ne soit pas fait double. Duranton a bien senti que la nécessité du fait double heurtait le sens intime. Mais, pour l'écarter, il dit que c'est là une société tacite, et cette raison me paraît ne rien prouver du tout. La véritable est, à mon avis, celle que je proposais au numéro précédent : La déclaration de société faite dans l'acte d'adjudication est la reconnaissance d'un accord de société formé antérieurement, et cette reconnaissance est parfaite par la signature de ses auteurs.

208. Quelquefois ce n'est pas sur la société même que porte la difficulté, c'est sur son exécution, la société étant du reste avouée. Charondas rapporte qu'un arrêt du parlement de Paris décida que la preuve testimoniale de l'exécution était admissible (1). Cet arrêt est approuvé par Danty (2). Autre chose est la preuve de la société, autre chose est la preuve de son exécution ou de son inexécution.

209. On peut aussi prouver par témoins la dissolution de la société (3). Il est vrai qu'une maxime de droit a dit que *eodem jure res dissolvitur quo contrahitur* (4). Mais il n'y a pas de si bonne règle qui n'ait son exception. Une société peut finir autrement que par un accord réciproque : elle se termine par la mort, par la cessation de l'affaire, par l'épuisement du capital social, par la retraite volontaire d'un associé, malgré l'autre associé, etc. Tous ces incidents peuvent échapper à des preuves écrites ; ils peuvent se prouver par écrit.

Et l'on ne serait pas fondé à objecter que ce serait aller contre et outre le contenu dans l'acte de société. Une société n'est pas destinée à durer toujours ; elle a une fin nécessaire, et cette fin constitue un ordre de choses entièrement distinct.

209 2° (5).

209 3° (6).

210. Mais revenons à la preuve de la société elle-même.

La prohibition de la preuve testimoniale, si sagement édictée par l'art. 1834, ne concerne que les parties contractantes, parce qu'elles ont toujours pu se procurer une preuve écrite (7); mais elle ne s'élève pas contre les tiers placés dans une situation bien différente (8). Les tiers n'ont pas été maîtres des associés au point de les obliger à constater par écrit leurs conventions sociales ; ils ont saisi la société au vol, ils l'ont acceptée sur la foi de sa parole, dans le moment rapide où elle est venue se présenter à eux pour obtenir leur crédit. L'article 42 du code de commerce est ici le meilleur supplément du code civil. Les annales de la jurisprudence sont pleines d'exemples de preuves de sociétés faites par des tiers, au moyen de témoignages oraux, de présomptions, de conjectures.

211. Bien entendu que les tiers ne sont recevables à cette preuve, qu'autant qu'ils entendent établir que les associés avec lesquels ils ont traité, agissaient ostensiblement comme membres d'une société : car si la société n'avait pas eu de révélation, si elle s'était cachée aux regards, les tiers n'auraient d'action que contre celui-là seul avec lequel ils ont contracté *nomine privato*. Je développerai cette idée dans mon commentaire des articles 1852, 1853 et 1854 : il me suffit de l'indiquer ici pour prévenir les méprises (9).

212. Mais dès l'instant que les associés se sont

société est consensuel, ajoute : « Cependant la loi 4, D. ff. *pro socio*, dit que *societas coiri potest re* ; et je pense qu'il en serait de même chez nous : *putà*, si deux marchands achètent quelque chose en commun (Rousseau de la Combe, v° *Société*, partie première, n° 2 *in fine*). mais cela veut dire que le consentement est présumé par cela seul qu'une chose a été achetée en commun et cela n'empêche pas que la société ne puisse être dite contrat consensuel ; il suffit pour cela qu'elle puisse être parfaite par le seul consentement et avant que les parties aient rien mis en commun. »

Cet auteur suppose ainsi que l'achat en commun est prouvé. Reste à savoir alors si cet achat constitue ou non *société*. Voir ce qui a été dit ci-dessus, nos 29 et suiv.

(1) *Répert. du droit français*, liv. VII, ch. CCX.

(2) P. 149, n° 53.

(3) DANTY, p. 149, n° 56 ; *infrà*, n° 911.

(4) **Add.** *Obs.* N'est-ce pas le cas de distinguer encore entre le *droit* de dissoudre, et la preuve du *fait* de la dissolution ?

(5) **Add.** *Cas spécial où la société doit être authentiquement établie en matière civile.* — DURANTON dit, n° 338 : « Suivant l'art. 854 du code civil, il n'est pas dû de rapport pour les associations faites sans fraude entre le défunt et l'un de ses héritiers, lorsque les conditions en ont été réglées par un acte authentique ; d'où il suit clairement que si ces associations ont procuré des bénéfices à l'héritier, elles peuvent être annulées dans leur effet, par l'obligation du rapport à la succession si elles n'ont pas été convenues par acte authentique. Nous en avons donné la raison lorsque nous avons analysé cet article, où nous apportons toutefois une modification au principe. »

Cette question doit être examinée au titre *des Successions*.

(6) **Add.** *Cas où les parties ont entendu n'être liées, quant à leur convention de société, que lorsqu'elles auraient fait un acte.* — DURANTON enseigne à ce sujet, n° 339, ce qui suit : « Même dans les sociétés non commerciales, si les parties, tout en convenant d'une société et de toutes les conditions qui s'y rattachent, ont néanmoins entendu n'être définitivement liées que lorsqu'elles en auraient passé un acte soit authentique, soit sous seing privé, suspendant ainsi leur consentement jusqu'à la rédaction de cet acte, avec les signatures, il faut en effet que l'acte soit passé pour qu'il y ait réellement contrat de société ; jusque-là, il n'y a qu'un projet que chacune des parties s'est réservé la faculté d'abandonner. Il en est de ce cas comme de celui d'une convention de vente faite dans les mêmes circonstances, et ce que nous avons dit à ce sujet sur la vente est applicable aussi à une telle convention de société, en sorte que si la partie interrogée sur le fait de cette convention ou à laquelle le serment serait déféré, avoue qu'effectivement la convention a existé, mais déclare aussi que, dans l'intention des parties, ou du moins dans la sienne, elle ne devait être définitivement obligatoire qu'au moyen d'un acte qui devait la constater, son aveu ne devrait point être divisé, et l'autre partie devrait succomber. »

(7) Arrêt de cassat., du 22 messidor an IX; MERLIN, *Questions de droit*, v° *Société*, § 1 n° 2, p. 540 et 548 ; *infrà*, n° 229

Add. DUVERGIER cite encore : DESPEISSES, *Société*, sect. I, § 8 ; DENISART, v° *Société* ; cassat., 4 nivôse an IX, et 18 germinal an XI (SIREY, V, 1, 33).

(8) DUVERGIER, n° 77.

(9) **Add.** DUVERGIER dit, dans le même sens, n° 79 : « En second lieu, pour que l'on puisse demander à établir *le* fait de l'association, il faut qu'on ait traité sur la foi de son existence et dans la pensée d'avoir tous ses membres pour obligés. Celui qui aurait contracté avec moi, ignorant que je suis associé en secret avec d'autres, ne devrait pas être admis à faire la preuve de l'existence de la société afin d'avoir action contre tous les associés. Cette faculté ne saurait lui être accordée, puisque de mon côté je ne pourrais exiger qu'il divisât son action entre moi et mes associés entièrement inconnus de lui et du public.

« Cette distinction n'a point échappé aux anciens jurisconsultes. Ils ont bien reconnu et clairement indiqué la différence entre les sociétés dont il n'a pas été dressé acte, mais qui sont révélées par la conduite des associés, dont quelques titres démontrent même l'existence, qui enfin sont prouvées par la notoriété, et les sociétés véritablement secrètes que rien ne manifeste au dehors, que l'un des associés administre en son nom, et comme s'il était seul intéressé aux opérations. C'est la preuve des premières qui était admise, celle des secondes ne devait pas l'être par les raisons que

produits au dehors sous un titre social, l'article 1834 ne défend pas aux tiers de recourir aux preuves autres que l'écriture pour les ramener à la position d'associés qu'ils tenteraient de déserter.

Les auteurs anciens ont beaucoup parlé des présomptions par lesquelles les tiers peuvent arriver à la preuve de la société (1). Nous ne les suivrons pas dans leurs discussions. Les juges ont ici une souveraine appréciation. Je me contenterai de citer comme exemple un arrêt inédit de la cour royale de Nancy, du 14 août 1828, rendu sur mes conclusions conformes (2).

« Attendu que la société que le syndic (les tiers créanciers) prétend avoir avoir existé entre Simonin et Charpentier, du 1er août 1827 au 4 mars 1828, pour l'exploitation de la forge de la Hutte, n'est constatée ni par acte public, ni par la transcription qui en aurait été faite au greffe, etc.;

« Mais qu'il résulte de la représentation des livres, de la correspondance et *de la preuve testimoniale*, que lesdits Simonin et Charpentier ont formé entre eux, par acte sous seing privé fait double, une société en participation, dont les opérations datent dudit jour 1er avril 1827;

« Qu'indépendamment de ces preuves, l'existence et la continuité de cette société pendant onze mois se justifient encore par *l'inventaire* fait à la fin de mars 1827, immédiatement avant l'ouverture de la société, par les *aveux* (3) que Charpentier a faits et réitérés qu'il était associé, par les *négociations* auxquelles il s'est livré, par la *qualité de maître de forges* que lui donnaient quelques-uns de ses correspondants, par le *versement* de sa mise de fonds dans la caisse sociale, et par l'emploi de son temps dans l'exploitation et la surveillance de l'usine, sans autre intérêt que celui d'une partie des bénéfices;

« Qu'en vain Charpentier a tenté de persuader que les achats de bois qui ont été faits, ainsi que les effets de commerce qui ont été souscrits durant l'existence de la société, constituaient des affaires commerciales distinctes et particulières à Simonin; mais qu'il paraît que *ces achats de bois* et ces effets de commerce ont été l'accessoire de l'entreprise principale, et qu'ils ont tourné au profit de la société, etc. (4). »

213. Cet arrêt, tout à fait juridique, me sert de texte pour condamner une opinion que je crois apercevoir dans Duvergier (5). Si j'ai bien compris, cet estimable auteur, tout en admettant les tiers à faire preuve de l'existence de la société dont il n'a pas été dressé acte, leur défend cependant d'user de la preuve testimoniale, et ne leur permet d'argumenter, dans leur intérêt, que d'*actes écrits* ou de *faits non contestés* qui supposent nécessairement l'existence de la société. Je crains de me tromper en prêtant à Duvergier ce sentiment que je désapprouve; mais si j'ai mal saisi sa pensée, ma critique tombera d'elle-même. Où peut-on puiser, je le demande, le principe de ces restrictions apportées au droit des tiers? Dans l'article 1341? Mais il n'est pas fait contre eux, il ne les concerne pas. Dans les anciens auteurs? Quoi qu'on en dise, ils n'enseignent rien de semblable. Outre que, dans leur nomenclature des indices de la société, on aperçoit un grand nombre de ces présomptions qui ne peuvent résulter que de faits sortis, en général, après controverse, de la preuve testimoniale, Félicius, l'un des plus graves auteurs en matière de société, a écrit positivement que les témoignages oraux, déposant d'actes de société, sont un grand moyen de preuve (6). De l'ancienne jurisprudence? Mais Duvergier la cite plutôt pour la combattre que pour l'approuver. Du reste, n'est-ce pas retirer aux tiers le droit qu'on leur donne, que de les cantonner dans la preuve écrite et dans les faits non contestés? Des *faits non contestés!* Mais je n'en ai presque jamais vu qui ne le fussent, et les associés sont même très-attentifs à les désavouer pour mieux échapper à leur influence: c'est pourquoi la preuve testimoniale est du plus haut intérêt et de la plus grande utilité; car c'est par elle qu'on ferme la bouche à des associés de mauvaise foi qui dénient, au jour du désastre, la société sur le succès de laquelle ils avaient compté. Eh! comment voulez-vous que moi, tiers, je prouve que tel, qui se dit simple commis, aujourd'hui qu'il faut payer les dettes, tandis qu'il jouait jadis le rôle

---

j'ai déjà indiquées. Au surplus, elles avaient reçu des dénominations différentes qui les caractérisaient assez bien. Les unes étaient appelées sociétés *tacites* ou *taisibles* parce qu'elles se formaient par le consentement tacite des parties; les autres se nommaient sociétés *participes* ou *anonymes*, parce que, dit Savary, elles n'ont point de nom, ne sont connues de personne que des associés, et qu'il n'y a que celui qui agit, qui soit connu et qui s'oblige. »

(1) MENOCHIUS, *de præsumpt.*, lib. III, *præs.* 56; STRACCHA, *Decis. rot. Gen.*, decis. 39; GODEFROY sur la loi 5a, § 6, D. *Pro socio*, note 37; surtout FELICIUS, *de societate*, cap. XI.

(2) Cette société était commerciale; mais l'arrêt qui juge les faits de la cause contient une appréciation qui peut très-bien être transportée dans toute espèce de société.

(3) Ils résultaient de discours rapportés par les témoins.

(4) *Infrà*, n° 230.

(5) N° 78.

Add. Voici la limite que met au principe DUVERGIER, n° 78: « Cette exception ne doit pas, au surplus, être étendue au delà de certaines limites.

« Premièrement des tiers ne seraient pas recevables à prouver directement, par des témoignages, qu'une convention a été faite entre certaines personnes, et qu'elle a établi entre elles une société; ils peuvent seulement puiser la preuve de la société dans des écrits émanés des associés, dans des actes où cette qualité a été donnée sans réclamation de leur part, ou même dans des faits non contestés qui supposent nécessairement que la société a été formée et qu'elle a agi. Tels ont toujours été, en effet, les éléments de preuve qu'ont admis les tribunaux en faveur des tiers.

« Voici comment s'exprime à ce sujet Bornier, dans son commentaire sur l'ordonnance de 1673: « Il y a quelquefois des so-« ciétés tacites qui ont les mêmes effets que celles qui sont « établies par contrat, quoiqu'elles ne soient présumées que par « les circonstances et les conjectures; comme si deux personnes « ont négocié ensemble; si, après la négociation, l'un des associés « a vendu quelque chose dépendant de la société; si tous deux « ont assisté au compte qui a été fait avec leurs créanciers; si la « société a été reconnue en jugement; s'ils ont habité ensemble, « joui et fait valoir les biens d'une commune main, et autres « conjectures qui peuvent induire une société. Néanmoins, l'or-« donnance exclut la preuve par témoins conformément à l'arti-« cle 54 de celle de Moulins. »

« Rousseau de Lacombe va même plus loin, il rappelle que Charondas, *Pand.*, liv. II, chap. XXXIII, dit que certains marchands s'étant communiqué ensemble quelques marchandises et ayant trafiqué en icelles, par arrêt, l'on fut reçu à prouver par témoins une telle société, » ce qui paraît, ajoute-t-il, devoir être observé « nonobstant l'ordonnance de 1673, parce qu'en ce cas, c'est « une société tacite, *quæ re contrahitur*. »

« Je ne pense pas que cette doctrine puisse être suivie aujourd'hui. La modification de la règle qui exige un acte doit se borner à admettre comme preuves, dans l'intérêt des tiers, des titres ou des faits constants qui supposent nécessairement l'existence de la société. »

(6) Cap. XI, n° 12: « Probatur etiam per testes... ad hoc ut probent, debent deponere de *actibus socialibus*. »

d'associé quand il fallait en faire, agissait en maître, qu'il avait la haute main sur l'administration, qu'il exerçait son veto, qu'il achetait, vendait, faisait des approvisionnements, se donnant comme de moitié dans l'affaire, que l'opinion publique le considérait comme tel, etc.; comment voulez-vous, dis-je, que je prouve tous ces faits si vous m'enlevez la preuve testimoniale? Quant à moi qui ait été juge de plus d'un procès sur cette question, je déclare n'avoir jamais entendu soutenir, par les sociétaires les plus récalcitrants, l'inadmissibilité en droit de la preuve testimoniale (1).

213 2° (2).

213 3° (3).

214. Jusqu'ici nous nous sommes plus particulièrement préoccupés des sociétés civiles. Il est temps de passer aux sociétés de commerce. Sur ce terrain, nous trouverons tantôt plus de rigueur, tantôt moins de rigueur que dans l'article 1834; car, tandis que les sociétés civiles se forment par le consentement, il y a des sociétés de commerce qui requièrent, à peine de nullité, certaines solennités écrites. Et, d'autre part, tandis que le droit civil repousse la preuve testimoniale pour toute société civile dont l'objet ex-

---

(1) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 187, où ils disent, à l'occasion des sociétés de commerce qui exigent la preuve littérale entre associés : « Les créanciers sont donc admis à prouver l'existence de la société par toutes les voies légales, et même par témoins sans commencement de preuves écrites, car c'est un fait en quelque sorte matériel. Toutefois, pour admettre la preuve purement testimoniale, il faudrait que les témoignages fussent clairs et portassent sur des faits positifs qui fussent émanés de la personne contre laquelle on voudrait faire la preuve; car il est évident que si un commerçant avait agi comme l'associé d'un autre, à l'insu de ce dernier, quoiqu'il fût constant que toutes les opérations avaient eu lieu sous les noms de ces deux négociants, celui qui, par sa conduite, n'aurait jamais accrédité une semblable opinion, fût-elle presque générale, et ne l'aurait pas au moins encouragée par un silence frauduleux, ne pourrait certainement pas être réputé associé.

« Habituellement on tire la preuve d'une société, lorsqu'il n'y a pas de titre constitutif ou que celui qui veut faire admettre cette preuve ne peut le représenter, de la correspondance, des énonciations des livres, des circulaires adressées aux correspondants, des avis donnés au commerce ou au public, enfin, de la commune renommée lorsqu'elle est cependant accompagnée de faits positifs qu'on puisse imputer à la personne contre laquelle on veut faire la preuve. »

Op. conf. de PARDESSUS, n° 1003, où il enseigne ce qui suit : « C'est aux tribunaux à veiller, par leur sagacité dans l'admission des preuves, à ce que ce principe d'équité ne devienne pas un moyen de vexations injustes; il suffit de tenir comme principe certain que la preuve testimoniale, même sans commencement de preuve par écrit, est admissible dans l'intérêt des tiers qui n'ont pas été à même d'assurer l'existence d'une convention dont ils ne sont pas les auteurs.

« Il est seulement très-important de remarquer qu'il faut que la preuve de la société porte sur des faits personnels à celui contre qui on veut la faire; car de ce que Pierre aurait signé un billet sous la raison Pierre et Paul, il ne faudrait pas conclure que ce dernier soit associé de Pierre s'il n'en existait pas de preuve plus directe. »

VINCENS, t. I, p. 310, n° 11, dit ici : « Cette publication, du moins celle que prescrit le code, doit être faite à peine de nullité à l'égard des intéressés, mais le défaut d'aucune de ces formalités ne peut être opposé par des associés à des tiers. Il ne serait pas juste que la négligence qui pourrait souvent être frauduleuse, suffît pour soustraire ceux qui en auraient été coupables, à la responsabilité et à la solidarité acquise au public par leur réunion de fait, et par leurs transactions publiques sous la raison sociale. Déterminer quelles sont les conséquences de l'acte social, à quel point il a engagé les associés prétendus, ou, s'il n'y a point d'écrit, quels sont les associés responsables, ce sont alors autant de points de fait qui ne peuvent être jugés que sur les circonstances de chaque cause. Alors, sans doute, la conscience du juge peut s'éclairer par le secours de tous les adminicules. On a vu déclarer associé un individu qui n'était pas nommé dans l'acte social. On a décidé formellement qu'avec un commencement de preuve écrite, la preuve par témoins est admissible pour découvrir les membres de la société. Une veuve dont le nom paraissait dans la raison de commerce a été déclarée solidaire avec les associés reconnus, quoiqu'il ne fût pas produit d'acte social. A une société ancienne en avait succédé une nouvelle où un intéressé de plus avait été admis; mais il n'avait été fait ni liquidation, ni distinction de patrimoine, et les circonstances firent déclarer le nouveau venu responsable des anciennes dettes par confusion. Ce sont des exemples de l'autorité du juge là où par la négligence des associés il est obligé de chercher la vérité hors de l'acte social; car il serait trop dangereux que ceux qui le fabriquent pussent en faire à leur gré une loi irréfragable contre autrui.

« La plupart de ces exemples sont antérieurs au code de commerce et néanmoins sembleraient applicables, puisque l'ordonnance de 1673 voulait, dans les mêmes termes, que le code de la société fût écrit et publié; il est vrai que ces formalités étaient tombées en désuétude (Pothier, *Contrat de société*, ch. IV, art. 2, § LII).

« *N. B.* Merlin, *Rép. univ. de jurispr.*, 4° éd., au mot *Société*, sect. III, § 2, art. 1 et 2, pense que cette jurisprudence ne peut plus aujourd'hui servir de règle. « Sous l'ordonnance de 1673, on « pouvait, dit-il, suppléer à l'acte de société, soit par la preuve « testimoniale aidée d'un commencement de preuve par écrit, « soit par les reconnaissances des parties, soit par toute autre « espèce de preuves non prohibées; mais on ne le pourrait plus, « sous le code de commerce, que relativement à des tiers. Pour « les associés entre eux, rien ne peut, sous ce code, tenir lieu « de l'acte de société; c'est la conséquence nécessaire de l'art. 48. »

(2) **Add.** *Réciproquement, le tiers qui a contracté avec une société, non prouvée par écrit, ne peut se dispenser d'exécuter son engagement.* — PARDESSUS dit à ce sujet, n° 1004 : « De même celui qui aurait contracté avec des personnes associées sans en avoir fait d'acte, ou sans l'avoir rendu public, ne serait pas fondé à refuser l'exécution de ses engagements; sous ce prétexte, il pourrait seulement, si le titre de son obligation ne constituait pas ces personnes créanciers solidaires, refuser de reconnaître, dans celle qui se dirait gérant, le droit d'exiger l'exécution de l'obligation au nom des autres, puisque l'acte en vertu duquel cet associé se prétendrait ainsi fondé à représenter ses cocréanciers n'aurait pas acquis la publicité légale. » Op. conf. de DALLOZ, n° 13.

(3) **Add.** *On admet plus facilement la continuation d'une société, même lorsqu'il y a eu publication de sa dissolution.* — « MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 189, toujours à l'occasion de la preuve des sociétés de commerce pour lesquelles l'écriture est une condition essentielle entre associés : « C'est avec plus de facilité encore qu'on admettra la continuation d'une société, quoique l'acte qui la constitue n'ait pas été publié, lorsque, à l'expiration du temps convenu, la société n'est pas liquidée et que les opérations continuent comme auparavant.

« La continuation des opérations communes, appuyée de quelques autres circonstances, pourrait aussi, quoique l'écrit qui déclarerait la société dissoute eût été publié dans les formes légales, faire preuve d'une continuation de société entre tous ou quelques-uns des associés. C'est ainsi que la cour de Rennes, par arrêt confirmé par la cour de cassation (cass., flor. an XIII; Dalloz, v° *Société*, p. 123), a décidé que lorsqu'une société de commerce a été dissoute, et une nouvelle société formée entre les associés et de nouveaux membres, une cour royale pouvait, d'après les faits et circonstances, si l'ancienne société n'avait pas été liquidée, considérer la société non liquidée comme confondue avec la nouvelle, et condamner solidairement chacun des nouveaux associés pour des engagements contractés pendant la durée de la première, surtout si la nouvelle avait profité de ces mêmes engagements. » Op. conf. de PARDESSUS, n° 1003.

cède 150 francs, il y a des sociétés commerciales dont la preuve peut se faire par témoins, quelle que soit la valeur de leur objet.

Mais ceci demande quelques développements.

215. Pendant très-longtemps, les sociétés de commerce, exemptes de formalités, n'ont reposé que sur la parole des contractants et sur les mentions de leurs livres (1). Si quelquefois on voulait dresser un acte écrit d'une société, le plus souvent on le rédigeait en un sous seing privé, fait en autant de copies qu'il y avait de parties (2). Cet acte s'appelait *scripta* ou *recorda* de société : on avait coutume de l'enregistrer pour lui donner date certaine. C'est ainsi que l'on procédait par exemple à Marseille, et l'usage n'exigeait rien de plus (3), à moins que l'acte ne contînt quelque clause extraordinaire de nature à intéresser les tiers : dans ce cas, on avait soin de lui donner une suffisante publicité, sans quoi, le pacte était non avenu à leur égard (4). Les jurisconsultes rattachaient cet usage à un texte des lois romaines relatif à l'institeur (5) : mais probablement la nécessité plutôt que l'imitation avait donné naissance à cette pratique du commerce moderne.

216. L'ordonnance de Roussillon de 1568 (6), et celle de Blois de 1579 (7), furent les premiers actes du législateur qui songèrent à régulariser la forme des sociétés de commerce. L'article 357 de l'ordonnance de Blois était ainsi conçu : « Voulons que *toutes compagnies jà faites ou qui se feront cy-après*, ENTRE LES ÉTRANGERS étant en notre royaume, soient inscrites et enregistrées aux registres des bailliages et sénéchaussées, et hôtels communs des villes, où ils seront tenus nommer *tous leurs participans et associés*, sous peine de faux. Ordonnons que ceux qui auront des banques et sociétés *ne puissent avoir aucune action l'un contre l'autre*, s'ils n'ont leur enregistrement contenu cy-dessus (8). »

Mais cette ordonnance ne s'occupait que des sociétés formées par les étrangers (Italiens pour la plupart), qui exploitaient le commerce du royaume (9). Ces étrangers étaient soumis à une surveillance particulière; ils ne pouvaient trafiquer en France, pour fait de banque, qu'après avoir donné caution de quinze mille écus, et ils étaient tenus de renouveler cette caution de trois en trois ans (10). C'était une sûreté donnée au public français pour le cas de banqueroute vraie ou simulée. La disposition de l'ordonnance, sur la publication de leurs sociétés, se liait à un système de défiance. On ne voulait pas qu'au jour de la faillite, des associés cachés se présentassent comme créanciers, tandis que leur société les rendait passibles des pertes. Ainsi donc, les sociétés d'étrangers devaient être enregistrées dans les registres des bailliages et sénéchaussées, et des hôtels de ville; sinon les sociétaires étaient sans action les uns contre les autres. Toute demande en justice d'un associé contre son associé devait être appuyée de l'enregistrement; autrement elle n'était pas recevable. Du reste, l'ordonnance n'avait prescrit aucun délai de rigueur pour cet enregistrement.

La sagesse de ces dispositions était frappante; mais elles ne furent exécutées qu'avec mollesse; les étrangers cherchaient tous les moyens de s'y soustraire; les tribunaux ne les y ramenaient pas avec assez de fermeté.

217. Le commerce réclama. Vers la fin du règne de Henri IV, les députés, assemblés à Paris pour le rétablissement du commerce, demandèrent que l'article précité de l'ordonnance de Blois fût remis en vigueur et rendu général (11). La célèbre ordonnance de janvier 1629 réalisa ce vœu. L'article 414 est ainsi conçu : « Voulons que l'article 358 de l'ordonnance de Blois, touchant la publication des *associations* entre marchands, et *désistemens d'icelles, ait lieu entre nos sujets*, ainsi qu'il est ordonné pour les étrangers. »

Mais cette disposition se ressentit du peu de faveur que cette ordonnance, connue sous le nom de code Michaud, rencontra auprès des parlements. Elle ne fut pas exécutée, quoiqu'elle fût l'expression des do-

---

(1) STRACCHA, *Decis. rotæ Genuæ*, 31, n° 2, dit que la société pouvait être tacite. TOUBEAU, p. 92.

(2) BASSET, t. II, tit. II, liv. V, ch. XI, cite un exemple. *Infrà*, sur les art. 1862, 1863, 1864, n° 859.

(3) BASSET, *loc. cit.*; *infrà*, *loc. cit.*, n° 859.

(4) STRACCHA, *Decis. rotæ Genuæ*, 14, n° 11; et COQUILLE cité n° 666.

Add. *Publicité.* — FREMERY nous dit à ce sujet : « A l'époque où les commerçants n'étaient encore régis que par leur coutume, quand plusieurs maisons se réunissaient pour constituer une société, évidemment chacun des associés avait intérêt à ce que la formation de la société fût bien connue, puisque la réunion de ses éléments était un moyen de crédit. Aussi employèrent-ils et une forme de raison sociale et tous les moyens de publicité, tels que correspondance, circulaires, annonces, etc. Mais ce qui dut arriver souvent, c'est que le bailleur de fonds, après avoir attiré lui-même la publicité sur un établissement dont le succès lui importait, cherchât, si la fortune était contraire, à dissimuler sa véritable qualité, en lui substituant celle de créancier ou de simple prêteur.

« C'était donc une mesure utile dans l'intérêt des tiers que celle qui avait pour but de constater d'une manière irrévocable la formation de la société. C'est là, en effet, le but unique que l'on a pu se proposer, en prescrivant l'affiche de l'extrait des actes de société : c'est là la véritable nature de cette publication légale. Elle est, pour la publicité, bien moins efficace que les circulaires répandues avec profusion au moment où les associés commencent leur entreprise : mais elle reste, et on en use contre eux au moment où ils voudraient se soustraire aux conséquences de leur association.

« Cette mesure était également utile dans l'intérêt des associés, à l'égard de la dissolution de la société; car, du moment qu'ils en avaient annoncé la formation, chacun était fondé à les considérer comme associés, jusqu'à notification suffisante de leur séparation. Telle était, en effet, la jurisprudence (arr. du parlem. de Paris, 22 nov. 1564; Charondas, *Pand. franç.*, liv. IV, ch. XIII), et on voit quels abus pouvaient en résulter de la part de l'associé à qui avait été confiée la signature sociale.

« En un mot, dès que la coutume avait fait de la société une personne fictive, il était conforme aux règles ordinaires que le commencement et la fin de son existence fussent constatés dans un registre authentique et public.

« Ce principe fut adopté par la coutume, en Italie, dans le cours du seizième siècle (Anseldus, *passim*), et plusieurs statuts en font foi. »

(5) L. 11, § 2, D. *de inst. act.* (ULPIEN) : « De quo palam proscriptum fuerit, *ne cum eo contrahatur*, is præpositi loco non habetur... § 3 : *Proscribere palam* sic accipimus, claris litteris undè de plano rectè legi possit; ante tabernam scilicet, vel ante eum locum in quo negotiatio exercetur. »

(6) Sous Charles IX, art. 38.

(7) Sous Henri III.

(8) NÉRON, t. I, p. 655; *junge* TOUBEAU, p. 91.

(9) Add. Op. conf. de FREMERY.

(10) Même article. Voy. là-dessus la note de COQUILLE.

(11) Registre des délib. de la chambre de commerce du 31 août 1604 (biblioth. royale, MSS. Colbert, n° 9819, 5. 5). TOUBEAU dit l'avoir vu dans *la bibliothèque de M. Colbert* (page 92). Moins heureux que lui, je n'ai pu en prendre lecture à la bibliothèque royale. M'y étant présenté à deux reprises différentes, il m'a été dit que le manuscrit avait été prêté, et que je ne pouvais en avoir communication !

léances des trois états (1) et du désir du commerce (2).

Les abus se prolongèrent donc.

218. Tantôt plusieurs personnes s'associaient, dont deux seulement avaient la signature sociale. S'il arrivait une faillite, eux seuls étaient sacrifiés pour tous les autres; ils étaient éditeurs responsables de tous les actes sociaux ; quant à leurs coassociés, on en ôtait la connaissance au public, et ils se retiraient à propos pour ne pas payer les dettes de la société (3).

219. Tantôt les commanditaires, évitant avec un soin frauduleux de dresser un acte public de leur société, se faisaient porter sur les livres du marchand comme créanciers de leur mise, et, à la faveur de ce mensonge, ils entraient en concours avec les créanciers, auxquels, en bonne justice, ils auraient dû abandonner leur mise sociale pour faire honneur aux dettes que la société avait contractées dans leur intérêt (4).

220. C'est pour remédier à ces abus et pour ramener la bonne foi dans les sociétés que l'ordonnance de 1673 (5) crut devoir raviver les prescriptions de l'ordonnance de 1629 (6), et même les rendre plus sévères.

L'article 1er du titre des sociétés porte : « Toute « société générale ou en commandite sera rédigée par « écrit, par-devant notaires ou sous signature privée, « et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre « et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce « qui serait allégué avoir été dit avant, lors et depuis « cet acte, encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur « moindre de cent livres. »

L'article 2 ajoutait : « L'extrait des sociétés entre « marchands et négociants, tant en gros qu'en dé« tail, sera enregistré au greffe de la juridiction con« sulaire, s'il y en a, sinon en celui de l'hôtel com« mun de la ville ; et s'il n'y en a point, au greffe de nos « juges des lieux ou de ceux des seigneurs, et l'ex« trait inséré dans un tableau exposé en lieu public, « *le tout à peine de nullité des actes et contrats passés* « *tant entre les associés* qu'avec *leurs créanciers et* « *ayants cause.* »

L'article 3 : « Aucun extrait ne sera enregistré « s'il n'est signé ou des associés, ou *de ceux qui au*« *ront souffert la société*, et s'il ne contient les « noms, surnoms, qualités et demeures des associés, « et *les clauses extraordinaires*, s'il y en a, *pour la* « *signature des actes*, *le temps auquel elle doit com*« *mencer et finir*, et ne sera réputée continuée s'il n'y « en a un acte par écrit pareillement enregistré et as« sorti. »

Enfin l'article 6 : « Les sociétés ***n'auront d'effet*** à « l'égard des associés, leurs veuves, héritiers, *créan*« *ciers, ayants cause*, que du jour qu'elles auront « été enregistrées et publiées au greffe du domicile « *de tous les contractants et du lieu où ils auront* « *négocié.* »

221. On voit que l'ordonnance de 1673 allait beaucoup plus loin que les précédentes. Comparant la société commerciale à une personne dont l'état civil est constaté dans des registres publics, elle voulut que sa naissance et sa fin reçussent une publicité salutaire au crédit, et qu'elle ne pût entrer valablement en fonctions sans avoir proclamé sa formation solennelle. Faute par elle de constater ainsi son état civil, elle est nulle ; et cette nullité a lieu non-seulement entre associés, mais encore (chose exorbitante et nouvelle) à l'égard des tiers (7).

Ainsi, si un associé n'était pas content de son associé, il pouvait se fonder sur le défaut de la formalité pour faire cesser l'association (8). De même, un marchand ayant prêté à terme de la marchandise à une société qui avait négligé l'enregistrement et l'inscription, était en droit d'exiger, quand il le voulait, son payement, quoique le terme ne fût pas arrivé (9). Bien plus, les associés eux-mêmes auraient pu prétexter du défaut d'enregistrement pour contester les droits des tiers avec lesquels ils avaient traité (10).

Tels étaient les effets de l'ordonnance. Il est impossible de contester sérieusement qu'ils ne découlassent de son texte (11).

222. Mais à peine l'ordonnance de 1673 avait-elle été promulguée, que déjà les esprits les plus rigides reculaient devant les difficultés de son application. Savary, l'un de ces auteurs, se demandait avec inquiétude en présence de cette nullité : Que deviendront les profits? à qui appartiendront-ils? Qui payera les dettes? Les associés retireront-ils leurs mises? laisseront-ils le reste au premier occupant? La société ne doit-elle avoir aucun effet pour personne ni activement ni passivement? Peut-on prêter à l'ordonnance cette pensée *injuste* et *déraisonnable* (12)? A-t-elle voulu annuler le contrat de société lui-même, ou bien la nullité ne porte-t-elle que sur les actes et contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayants cause (13)?

223. C'est probablement à cause de ces difficultés

(1) Voy. son préambule.

(2) **Add.** Fremery dit aussi : « Sans doute l'article 414 reste dans le même oubli que la plupart des autres dispositions. »

(3) Savary, t. 1, p. 350.

(4) *Ibid.*, p. 366.

(5) Voy. son préambule.

(6) Toubeau, p. 92.

(7) Savary, t. 1, p. 350.

(8) Toubeau, p. 92, 93.

(9) *Ibid.*

(10) *Infrà*, no 274.

(11) **Add.** Fremery élève des doutes à ce sujet ; il dit : « Voulait-on ajouter quelque chose à ce que décidait l'ordonnance de 1597? Ces mots, *à peine de nullité*... à la fin de l'art. 2, ne se réduisent-ils pas à signifier : à peine d'*inefficacité* de toute action, *tant* que la publicité légale n'aura pas été donnée à la société? Ou bien, est-ce une véritable nullité qu'on a voulu prononcer, mais seulement comme disposition comminatoire abandonnée à la prudence du juge, car ce mode vicieux de législation était alors très-usité?

« C'est ce qu'il est aujourd'hui difficile de découvrir. Mais ce qui est parfaitement sûr, c'est que jamais le sens littéral de ces mots, *à peine de nullité des actes et contrats*, n'a été admis ni par les commerçants, ni par les jurisconsultes, ni par la jurisprudence.

« Savary, l'un des auteurs du projet de l'édit de 1673, dit que l'acte de société n'est pas nul entre les associés, faute de l'avoir fait enregistrer ; que si tel était l'esprit de l'ordonnance, ***elle serait injuste et déraisonnable***. On peut lire sa consultation, longuement développée en ce sens, et, ce qu'il faut remarquer, délibérée en 1682, neuf années seulement après la mise en vigueur de la loi qu'il s'agissait d'expliquer.

« L'interprétation contraire prévalut-elle? Bien loin de là, tous les commentateurs attestent que ces deux articles tombèrent tout à fait en désuétude, sans doute, à cause de l'obscurité d'une disposition dont on comprend à peine les bizarres conséquences. On en revint, dans les tribunaux consulaires, à l'antique et primitif usage, celui de rechercher un ensemble de faits suffisant pour constater la formation de la société. »

(12) Savary, *Parère* 40, p. 528, 529.

(13) *Ibid.*, p. 527.

et des surprises qui pouvaient en résulter, que ces dispositions de l'ordonnance de 1673 tombèrent en désuétude. Malgré les recommandations de Savary, la pratique négligea des moyens de publicité si avantageux pour le crédit; et huit ans après la promulgation de l'ordonnance, le parlement de Paris jugeait, par arrêt du 21 juillet 1680, que, nonobstant le défaut d'enregistrement, il fallait exécuter les sociétés d'ailleurs constantes (1). L'usage du commerce et des tribunaux était devenu général en ce sens (2).

224. Le commerce en souffrait cependant. Dans un mémoire des syndics de la chambre du commerce de Normandie, concernant les modifications à faire à l'ordonnance de 1673, on lit ce qui suit (3) :

« Cet article de l'ordonnance (l'article 2) est le moins observé, QUOIQUE LE PLUS NÉCESSAIRE AU PUBLIC *exposé journellement à être la dupe de prétendus associés.* On a retranché dudit article *la nullité des actes passée avec les créanciers et leurs ayants cause*, n'étant pas juste qu'un défaut d'enregistrement, *arrivé par la seule faute des associés*, puisse retomber sur les personnes qui auraient confié leur bien de bonne foi auxdits associés. On avance même qu'il y en a d'assez téméraires *pour oser se prévaloir desdits termes*, et, vu le défaut d'enregistrement de leur société, *contester* le payement des dettes de leur société. La clause que l'on substitue obligera tous associés, même malgré eux, à subir une loi aussi essentielle pour la sûreté publique. »

Voici, en effet, comment le mémoire proposait d'amender l'ordonnance :

« L'extrait des sociétés entre marchands et négociants, tant en gros qu'en détail, sera registré au greffe de la juridiction consulaire, s'il y en a; sinon en celui de l'hôtel commun de la ville, et, s'il n'y en a point, au greffe de nos juges des lieux ou de ceux des seigneurs, et l'extrait inséré dans un tableau exposé en lieu public, le tout *à peine de nullité de tous actes et contrats passés au profit desdits associés*, et de 2,000 livres d'amende. Défendons à tous juges de prononcer aucune condamnation au profit desdits associés, *à moins qu'ils n'aient connaissance dudit enregistrement.* »

225. Ces idées restèrent en projet; et les sociétés commerciales marchèrent dégagées de formes solennelles, et abandonnées, tant entre les associés qu'à l'égard des tiers, aux preuves ordinaires (4).

226. Le code de commerce a mis fin aux alternatives que je viens de retracer; il a vaincu ces caprices du négoce qui demandait des règles, et s'en affranchissait. Les formes de la société commerciale sont réglementées avec une force obligatoire, à laquelle la cour de cassation soumet avec fermeté les infracteurs.

Et d'abord, l'article 39 veut que les sociétés en nom collectif et en commandite soient constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du code civil.

La portée de cet article est celle-ci : l'écriture est de l'essence de la société commerciale en nom collectif et en commandite (5) : vainement les parties vou-

---

(1) BRILLON, *Société*, n° 2.

(2) ROGUES, t. II, p. 241. MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, a accumulé les autorités.

(3) Manuscrit de la bibliothèque royale; LANCELOT, n° 105.

(4) Voy. les arrêts cités par MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, nos 1, 2, 3.

Add. *Jurisprudence.* — Mais la nécessité d'une preuve écrite n'existe pas pour les sociétés contractées avant le code de commerce. La cour de cassation de France a jugé, le 5 mai 1817, à l'égard d'une telle société, qu'un tribunal peut, sans violer la loi, reconnaître l'existence d'une société, en prononçant qu'elle est notoire et prouvée au procès par des actes passés et des jugements obtenus, sous la raison sociale, en temps non suspect, ainsi que les inventaires clos et arrêtés antérieurement par les associés.

(5) **Add.** Telle n'est pas l'opinion de MALEPEYRE et JOURDAIN. Ils disent, en effet, n° 173 : « La société en nom collectif est, comme tous les contrats de ce genre, parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Toutefois, comme nous l'avons dit, la loi a exigé, par des motifs d'intérêt public, qu'elle fût prouvée par un écrit en forme d'acte public, ou sous signatures privées, et l'acte qui sert à les constater a été soumis à un genre de publicité qu'elle détermine. »

Ces auteurs ajoutent, n° 175 : « L'acte de la société en nom collectif doit être, comme la plupart des sociétés, rédigé par écrit (code civil, art. 1834; code de comm., art. 39); l'acte rédigé par-devant notaires, ou sous seing privé, est soumis aux formes générales auxquelles sont astreints ces actes, suivant leur nature, et que nous avons fait connaître, chap. Ier du titre Ier. Mais par cela seul que les art. 1834 du code civil et 39 du code de commerce exigent que la société collective soit constatée par écrit, en résulte-t-il que, pour prouver une pareille société, il faille nécessairement représenter le titre constitutif de la société, et que nulle autre espèce de preuve écrite ne puisse être admise en cette matière? Nous ne le pensons pas. En effet, remarquons d'abord que l'art. 1er du titre IV de l'ordonnance de 1673, exigeait aussi la rédaction par écrit, de ces sociétés. Cet article était ainsi conçu : « Toute société générale ou en commandite sera rédigée par écrit « ou par-devant notaires, ou sous signatures privées; il ne sera « reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux « actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, « lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agisse d'une somme moindre « de cent livres. » Cependant, malgré le texte si formel de cet article, on n'en a jamais conclu qu'il fallût nécessairement représenter l'acte constitutif, et que l'article exclût tout autre genre de preuve écrite. C'est ce qu'atteste Merlin et la jurisprudence qu'il cite.

« Le code civil s'est-il montré plus sévère que l'ancienne législation? En aucune manière : car l'art. 1834 est la répétition, mot pour mot, de l'art. 1er du titre IV de l'ordonnance de 1673. D'ailleurs, il est à remarquer que l'art. 1834 n'est lui-même que la répétition de l'art. 1341 du code civil. Or, malgré les termes de ce dernier article, on n'a jamais prétendu qu'un contrat de vente, qu'un bail, qu'un mandat, qu'un prêt d'argent, ne pussent être prouvés que par la représentation du titre constitutif, et que des lettres missives, des aveux judiciaires, ou toute espèce de preuve qui n'est pas testimoniale, ne pût suppléer le titre écrit.

« La question s'est présentée à la cour de cassation; et par arrêt du 12 décembre 1825 (Dalloz, XXVI, 1, 101; Sirey, XXVI, 1, 187), « attendu que, suivant les art. 1107 et 1347 du code civil, la preuve « par témoins de toute convention est admissible lorsqu'il y a un « commencement de preuve par écrit, à moins qu'une loi expresse « ne l'ait particulièrement défendue; que des art. 1834 et 1866 du « même code, sainement entendus, ni d'aucune autre disposition « législative, il ne résulte aucune dérogation à ce principe à l'égard « des sociétés et prorogations de sociétés non commerciales, » la cour a rejeté le pourvoi qui avait été formé contre un arrêt de la cour de Toulouse du 13 août 1822, qui avait admis cette preuve. Dans cette espèce il s'agissait d'une société purement civile; mais il est évident qu'il en serait de même à l'égard d'une société commerciale, car les articles 36 et 41 du code de commerce ne sont eux-mêmes que la répétition, mot pour mot, des dispositions des articles 1834 et 1341 du code civil.

« Enfin, la cour royale de Paris a jugé, le 17 janvier 1825 (Dalloz, XXV, 3, 150), que, même en matière commerciale, l'existence de la société pouvait être prouvée autrement que par un acte écrit. »

Après avoir rappelé les dispositions de l'ordonnance de 1673, PERSIL, page 208, dit, en émettant une opinion contraire : « Aujourd'hui le code de commerce commande des formalités plus rigoureuses pour la preuve des sociétés. Pour les associés entre

draient-elles prouver leur association par des aveux, des commencements de preuve par écrit soutenus de la preuve testimoniale. Ces moyens de preuve, admis pour les sociétés civiles, ne sont pas recevables pour les sociétés de commerce. Rien ne peut suppléer à l'acte social (1). Ainsi le veut la combinaison de l'article 39 avec l'article 42, dont je parlerai tout à l'heure. Car l'article 42, en exigeant, à peine de nullité, la remise au greffe d'un extrait de l'acte de société, suppose nécessairement que cet acte doit être rédigé par écrit. Bientôt nous verrons les effets de cette nullité (2). Quant à présent, nous ferons remarquer que la loi nouvelle a voulu prévenir un inconvénient signalé par Toubeau, c'est-à-dire, de voir à tout moment des associés plaider les uns contre les autres dans les juridictions consulaires, dénier de véritables sociétés, en alléguer témérairement de tout à fait fausses (3). La loi a voulu qu'il n'y eût plus à plaider là-dessus, et que l'écriture fût le grand moyen préventif de tous ces litiges.

Au surplus, pour mieux se convaincre de la vérité de cette opinion, il suffit de lire la discussion qui eut lieu au conseil d'État (4) et l'opinion de Berlier. Dans la volonté du conseil, l'article 41 a été regardé comme essentiellement lié à l'article 43, et comme contenant la stricte obligation d'écrire les contrats de société en nom collectif et en commandite (5).

Cette règle est si générale, qu'elle s'appliquerait aux sociétés en nom collectif ou en commandite dont l'objet serait d'une valeur inférieure à cent cinquante francs, si la pratique pouvait en offrir des exemples.

227. Mais prenons garde à deux choses :

La première, c'est que si des actes positifs, comme lettres, correspondance, aveux, prouvent l'existence d'une société de fait intervenue entre les parties, le passé devra être respecté; il faudra donner effet aux rapports qui auront existé; la bonne foi le veut ainsi. D'ailleurs, si la société ne vaut pas comme société pour l'avenir, elle vaut pour le temps écoulé comme communauté. C'est ce qu'a très-bien jugé la cour de Paris par un arrêt du 27 janvier 1825 (6) dont le véritable sens n'a pas toujours été bien compris (7), mais qui se classe à merveille dans la jurisprudence dont nous parlerons au n° 249 (8).

228. La seconde, c'est que notre règle n'a été faite que pour les sociétés en nom collectif et en commandite, et qu'il ne faut pas l'étendre aux sociétés en participation; car (comme nous le verrons plus tard) ces associations ne sont pas assujetties aux règles des autres sociétés. C'est pourquoi les tribunaux seraient

---

eux, rien ne peut tenir lieu de l'acte social; les tiers seuls sont admis à fournir la preuve de l'association par tous les moyens qu'il leur sera possible d'employer. Cette rigueur à l'égard des associés est la conséquence de l'art. 42, qui exige implicitement la rédaction d'un acte social, puisqu'il exige, sous peine de nullité à l'égard des intéressés, qu'un extrait de l'acte de société soit remis au greffe du tribunal de commerce, qu'il soit transcrit sur le registre, et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences.

« Cependant, il ne faudrait pas enchérir sur la sévérité de la loi; car on irait plus loin que n'a voulu le législateur. Toutes les fois que la preuve testimoniale aura pour but de faire déclarer la validité d'une société, elle ne doit pas être admise conformément aux dispositions de la loi. Mais si elle est demandée, non dans le but de faire déclarer la validité de la société, ni pour en tirer une action en faveur de l'héritier d'un sociétaire, mais bien pour constater le fait matériel de l'existence d'une société quelconque, et arriver par là à la preuve de la spoliation de la succession du défunt, alors elle est admissible (cour de cass.; *Journal du Palais*, 1830, t. I, p. 87).

Jurisprudence. — Jugé ainsi que l'existence d'une société en nom collectif ne peut être prouvée que par un acte constitutif, accompagné des formalités prescrites par les art. 39, 42 et suiv. du code de commerce (11 août 1838. Angers, Cosnier. DALLOZ, XXXIX, 2, 47).

— Décidé, dans le même sens, que l'existence d'une société autre que celle en participation, ne peut être prouvée par témoins, même avec un commencement de preuve par écrit (code de commerce, art. 41). (29 janvier 1841. Paris, Laurey. DALLOZ, XLI, 2, 138).

— La preuve testimoniale d'une société commerciale dont il n'existe pas d'acte écrit, est admissible, lorsqu'elle est demandée, non par les associés eux-mêmes et dans la vue d'en faire déclarer la validité, mais par l'héritier de l'un des associés et dans le but unique d'en constater l'existence matérielle, à l'effet d'arriver à la preuve contre l'autre associé, qu'il a spolié la succession de son coassocié défunt (Bruxelles, 18 décembre 1828; J. de B., 1829, 2. 313).

(1) MERLIN, *Répert.*, v° *Société*, p. 699; *contrà* MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 176.

(2) *Infrà*, n°s 238 et suiv.

(3) Page 87.

(4) LOCRÉ, t. XVII, p. 200, 201.

(5) **Add.** C'est, en effet, ce que nous enseigne LOCRÉ en disant : « Lors des discussions au conseil d'État sur l'art. 41 du code de commerce, on agita, sans les résoudre, les questions de savoir si toute association, autre que celle en participation, ne pouvait être prouvée que par un contrat formel, soit à l'égard des associés entre eux, soit à l'égard des tiers.

« Mais bientôt on observa que cette discussion se rattachait moins à l'art. 41 qu'à l'art. 42, parce que cet article, en ordonnant la remise au greffe d'un extrait des actes de société, suppose que tous ces actes seront rédigés par écrit, et cette induction, fort naturelle, disait-on, remplace le principe, qui n'est point formellement posé, de l'obligation d'écrire de tels contrats.

« En conséquence, on ne s'occupa plus qu'à examiner quelle suite aurait le défaut d'enregistrement et d'affiche de l'acte de société. Locré, t. I, p. 103 (*Esprit du code de commerce*), croit donc devoir renvoyer la suite de cette discussion à l'art. 42, et il fait observer en même temps que le conseil d'État ayant confondu la question de savoir quel serait, relativement à la preuve de l'association, l'effet de l'absence de tout acte écrit, et celle qui concernait la nullité faute de publication, il est évident que la solution intervenue sur cette dernière question résout également l'autre.

« Or, d'après ce que nous apprend Locré des discussions auxquelles donna lieu l'art. 42, la nullité à l'égard des associés devait être le résultat du défaut d'affiche et de publication. »

(6) DALLOZ, XXV, 2, 151.

(7) MALEPEYRE et JOURDAIN le croient à tort favorable à leur thèse.

(8) **Add.** C'est dans le sens de cette opinion que PERSIL dit, p. 211 : « Cependant il ne faudrait pas enchérir sur la sévérité de la loi, car on irait plus loin que n'a voulu le législateur. Toutes les fois que la preuve testimoniale aura pour but de faire déclarer la validité d'une société, elle ne doit pas être admise conformément aux dispositions de la loi. Mais si elle est demandée, non dans le but de faire déclarer la validité de la société, ni pour en tirer une action en faveur de l'héritier d'un sociétaire, mais bien pour constater le fait matériel de l'existence d'une société quelconque, et arriver par là à la preuve de la spoliation de la succession du défunt, alors elle est admissible (cour de cass.; *Journal du Palais*, 1830, t. I, p. 87). »

MALEPEYRE et JOURDAIN disent aussi, n° 176 : « Mais, en tous cas, comme le contrat, en l'absence d'un acte écrit régulier, n'aurait pas pu être soumis aux formalités extérieures que la loi exige à peine de nullité, la preuve qui en serait faite ne pourrait s'appliquer qu'au passé, et le contrat ne pourrait pas obliger les associés pour l'avenir; de plus, on ne pourrait pas opposer aux tiers, même pour le passé, les dispositions d'un acte dont on ne leur aurait pas donné une connaissance légale. »

fondés à admettre toutes les preuves ordinaires pour remplacer l'acte constitutif d'une participation (1).

229. De plus, l'empire de notre règle n'est si absolu qu'entre associés : il ne concerne pas les tiers.

« La société une fois prouvée, disait Treilhard, *ne « fût-elle pas constatée par un acte*, les obligations « contractées en son nom, au profit des tiers, n'en « doivent pas moins avoir leur effet (2). » Il est bien reconnu que les associés ne peuvent opposer aux tiers le défaut d'un acte constitutif de la société (3). Il ne serait pas juste d'imputer aux tiers ce qui n'a eu lieu que par le fait des associés (4).

230. La preuve testimoniale est même ouverte aux tiers (5); le plus souvent elle est leur principal moyen de ramener les négociants, avec lesquels ils ont contracté, au contrat de société, qu'ils veulent frauduleusement supprimer.

231. Il ne suffit pas que les sociétés en nom collectif et en commandite soient rédigées par écrit; une autre formalité, non moins importante, est ordonnée par l'article 42 du code de commerce. L'extrait des actes de ces sociétés doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences.

Si la société a plusieurs maisons de commerce, situées dans divers arrondissements, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement.

On verra plus tard que la peine de nullité est attachée à l'omission de cette formalité (6).

232. Indépendamment de cet extrait, ainsi transcrit et affiché, un décret du 22 février 1814 a voulu que, dans le délai de l'article 42 du code de commerce, et sous la même peine, on insérât cet extrait dans les affiches judiciaires et dans le journal du commerce du département où la société est située (7). De plus, il rend cette insertion également nécessaire et pour les actes constitutifs des sociétés, et pour les changements apportés dans leurs statuts.

Cependant, des controverses s'élevèrent sur la constitutionnalité de ce décret. Il émanait de l'impératrice Marie-Louise, et il était douteux que la régence, dont elle avait été investie, lui eût attribué la plénitude de l'autorité impériale. Un arrêt de la cour de cassation, du 15 mars 1832, le déclara illégal et non obligatoire (8).

Mais comme l'addition qu'il faisait au code de commerce était fondée sur des motifs sérieux, une loi du 31 mars 1833, reprenant son idée, la formula d'une manière définitive (9). Cette loi exige, de plus, que le numéro du journal contenant l'extrait soit enregistré dans les trois mois de sa date, le tout à peine de nullité.

233. Mais que doit contenir l'extrait remis au greffe?

L'article 43 va nous le faire savoir.

Ou la société est en nom collectif, ou elle est en commandite.

---

(1) TREILHARD (LOCRÉ, t. XVII, p. 193).

(2) Discuss. du code de commerce (LOCRÉ, t. XVII, p. 200).

(3) MERLIN, *Quest. de droit*, § 1, p. 543.

(4) Voy. les observations de la chambre de commerce de Rouen, n° 214, *suprà*.

Add. Op. conf. de PARDESSUS, n° 1002, où il dit : « L'acte qui n'a pas été rédigé ou rendu public dans les formes qui viennent d'être indiquées, est nul à l'égard des intéressés. Mais comme il ne serait pas juste que des tiers fussent privés du droit de prouver qu'il a existé une société entre des personnes qui n'en ont pas rédigé, ou qui ne veulent pas en montrer l'acte, ou bien d'établir que la société avouée par ces personnes a été d'une autre espèce que celle que leur affiche désigne, les associés ne peuvent leur opposer la nullité qui résulte de l'inobservation de ces obligations, pour se dispenser d'exécuter leurs engagements exprès ou tacites.

« Vainement dirait-on que ces tiers, n'ayant pas connu légalement l'acte de société, n'ont pu contracter sur la foi de son existence; car il est possible que l'associé qui a traité avec eux leur ait appris le fait de l'association, et si réellement elle existe, il n'est pas juste de les priver des droits qui en résultent en leur faveur.

(5) *Suprà*, n°s 212, 213; cassat., 23 novembre 1812; MERLIN, *Répert.*, v° *Société*, p. 700, et *Quest. de droit*, § 1, p. 543, 544; PARDESSUS, t. IV, n° 1007.

Add. *Jurisprudence* — Jugé de même que la nécessité d'une preuve écrite pour établir l'existence d'une société commerciale en nom collectif, ne s'applique point aux tiers qui ont traité avec cette société.

Spécialement, la preuve de l'existence d'une société en nom collectif entre deux maisons de commerce situées dans des pays différents (Bordeaux et la Guadeloupe), peut être faite par les tiers, soit par témoins, soit à l'aide de présomptions, notamment au moyen des circulaires de l'une de ces maisons (code de comm., art. 39). (14 décembre 1840. Bordeaux, Sicher. DALLOZ, XLI, 2, 225. 16 juillet 1840. Bordeaux, Lacodre. DALLOZ, XL, 2, 212.)

— Pareillement, les créanciers d'une société commerciale peuvent user de tous les moyens de preuve admis par la loi pour déterminer le caractère de la société, et, par suite, celui des obligations des associés, et cela alors même qu'il s'agirait d'une société en nom collectif (code de comm., art. 41). (23 février 1836. Bordeaux, Mothieu. DALLOZ, XXXVI, 2, 174.)

— Doivent être considérées comme présomptions suffisantes pour constater à l'égard des tiers l'existence d'une société commerciale entre un père et un fils, les lettres de commerce signées collectivement, écrites dans un intérêt commun, des jugements rendus en cette qualité, l'acquiescement postérieur du père à ces jugements.

En conséquence, c'est comme obligé solidaire et non comme caution, que le père doit être tenu des obligations contractées par le fils sous la signature collective (13 juillet 1840. Bordeaux, Lacodre. DALLOZ, XL, 2, 212).

— L'avis donné par un négociant que sa femme aura, ainsi que lui, la signature de la maison de commerce, ne contient pas par lui-même la preuve d'une société entre les deux époux, qui ont l'un et l'autre signé l'annonce (12 frim. an 11, C. de Bruxelles; *Décis. Notab.*, t. III, p. 230).

— Même décision pour le cas où un négociant a annoncé que son fils aura la signature, mais en ajoutant que la maison continuait pour son compte privatif (4 mars 1829, Brux.; Jur. du XIXe s., 1831, IIIe part., in-4°, p. 8).

(6) N° 239.

(7) **Add.** *Jurisprudence.* — Les sociétés en nom collectif formées dans les départements, autres que celui de la Seine, doivent également être publiées, sous peine de nullité, dans les affiches judiciaires du département (27 janv. 1830. SIREY, XXX, 1, 204).

(8) DALLOZ, XXXII, 1, 113.

(9) **Add.** Voici le texte de cette loi :

Rédaction à insérer au code de commerce.

Art. 42, après le § 2. « Chaque année, dans la première quinzaine de janvier, les tribunaux de commerce désigneront au chef-lieu de leur ressort, et, à défaut, dans la ville la plus voisine, un ou plusieurs journaux où devront être insérés, dans la quinzaine de leur date, les extraits d'actes de société en nom collectif ou en commandite, et régleront le tarif de l'impression de ces extraits.

« Il sera justifié de cette insertion par un exemplaire du journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date.

Art. 46, § 3 (le rectifier ainsi) : « En cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu à l'application des dispositions pénales de l'article 42, dernier alinéa. »

Si elle est en nom collectif, l'extrait doit contenir :

1° Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés. La société en nom collectif s'alimente par le crédit personnel de ses membres, qui tous sont solidaires à l'égard des tiers : ceux-ci ont donc le plus grand intérêt à les connaître, afin de mesurer le degré de confiance dont ils sont dignes.

2° La raison de commerce de la société. C'est la raison qui est le nom de la société; c'est par elle que la société se manifeste en public et traite avec les tiers.

3° La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société : ceci est surtout capital pour les tiers. Combien n'est-il pas important qu'ils connaissent ceux des associés qui sont constitués administrateurs de la société et ses représentants dans ses rapports extérieurs? Combien surtout n'est-il pas nécessaire qu'on sache à qui la signature sociale a été déléguée, avec le pouvoir énorme d'engager par elle la société (1)!

4° L'époque où la société doit commencer et celle où elle doit finir (2).

L'extrait doit être signé par les notaires, si l'acte est rédigé en forme notariée, et par tous les associés en nom collectif, s'il est sous seing privé (article 44) (3).

233 2° (4).

234. Quand la société est en commandite, l'extrait ne doit pas contenir les noms des actionnaires ou commanditaires; il suffit de désigner le montant des valeurs fournies ou à fournir par eux. La raison en est simple : les commanditaires ne sont pas indéfiniment responsables; ils n'exposent que des capitaux et ne sont tenus que jusqu'à concurrence du montant de ces capitaux. Il était donc inutile d'offrir leurs noms aux regards des tiers; souvent même cette obligation aurait éloigné les capitaux civils des associations en commandite : car beaucoup de pères de famille, magistrats, fonctionnaires, propriétaires, ne consentent à y entrer qu'à la condition de n'être pas connus.

235. Remarquons, du reste, que, pour être exact, l'extrait ne doit pas compter comme faisant partie de la commandite, les valeurs apportées par le gérant. Ces valeurs n'ajoutent rien aux forces que ce dernier offre au public comme garantie, puisqu'elles sont un élément de son patrimoine et qu'elles sont de plein droit le gage des tiers envers lesquels il est indéfiniment tenu. L'extrait n'est donc sincère que lorsqu'il signale, comme fonds commandité, les seules valeurs qui viennent s'ajouter au patrimoine du gérant et accroître son crédit (5).

236. Du reste, l'extrait doit faire connaître la rai-

---

(1) *Infrà*, comm. de l'art. 1856 et le passage de COQUILLE sur la publication au prône du nom des maîtres des sociétés villageoises du Nivernais, et les lois romaines invoquées par argument.

Add. *Jurisprudence*. — L'omission des formalités prescrites par les art. 43 et 44 du code de commerce doit, de même que l'inobservation des formalités dont parle l'art. 42 du même code, donner lieu à l'application des dispositions pénales du troisième alinéa de ce dernier article. Ainsi il y a nullité à défaut de désignation dans l'extrait de ceux des associés qui sont autorisés à gérer, administrer et signer pour la société, et du montant réel des valeurs fournies ou à fournir par actions ou en commandite.

La nullité dont il s'agit est une nullité absolue, de telle sorte qu'elle ne puisse être couverte ni par le silence des parties ni par l'exécution des engagements contractés par l'acte de société ni d'aucune autre manière quelconque (Brux., 16 janvier, 13 février 1832; Brux., cassat., 23 juillet 1832; Jur. de B., 1830, 3, 87, 1832, 3, 237; Jur. de B., 1834, 433).

(2) BALDE, *Cons.* 120, et tous les docteurs sur la loi *Socius*, D. *Si certum petatur*, recommandent que l'acte de société fasse mention du temps que doit durer la société. *Junge* TOUBEAU, p. 87; *infrà*, nos 520, 521, 522.

Add. « De ce qu'au nombre des énonciations que doit renfermer l'extrait de l'acte de société que l'art. 42 du code de commerce oblige les associés de publier et qui sont énumérées dans l'art. 43, ne se trouve pas celle de la quotité des bénéfices et des pertes de chaque associé, on doit en conclure que ce dernier article ne leur impose pas cette obligation, et, par suite, qu'ils sont dispensés d'y insérer la clause par laquelle ils ont réglé le mode d'après lequel ils doivent partager les bénéfices et supporter les pertes.

« Par suite encore, et spécialement, on doit décider qu'ils ont été dispensés de faire publier un acte additionnel postérieur uniquement relatif à un nouveau mode de répartition des profits et pertes. » (21 février 1832. Req. Aix, Bonnard. DALLOZ, XXXII, 1, 110.)

PERSIL dit ici : « Le code n'exige pas que l'époque soit bien précisée; car les intéressés peuvent subordonner leur association à la réalisation d'une condition : par exemple, on peut contracter une société de commerce avec stipulation qu'elle ne commencera que lorsque tel navire sera arrivé aux États-Unis.

« Si le temps que doit durer la société n'était pas fixé, et, par suite, n'était pas indiqué dans l'extrait de l'acte social, elle est censée stipulée pour toute la vie des sociétaires, sous la modification pourtant de l'art. 1869. »

FREMERY, n° 24, dit relativement à l'annonce de la cessation : « La publication de l'acte qui annonce l'époque de la dissolution d'une société commerciale a été introduite dans l'intérêt des associés, afin que celui à qui était confiée la signature sociale cessât de pouvoir obliger les coassociés. »

(3) Add. *Jurisprudence*. — L'extrait de l'acte de société en nom collectif ou en commandite, n'est pas nul, par cela qu'il porte seulement la signature du notaire qui en a reçu le dépôt, lorsque ce contrat est sous seing privé, si, du reste, il est légalement tenu pour reconnu par la signature des parties à l'acte de dépôt (13 février 1830. Bruxelles, Briard. DALLOZ, XXXIII, 2, 167).

— Lorsque la société a été contractée par acte sous seing privé, mais que tous les associés ont reconnu cet acte en le déposant simultanément chez un notaire, il suffit que l'extrait dont il est parlé à l'art. 44 soit signé par ce notaire, sans qu'il faille nécessairement que tous les associés le signent.

Il en serait autrement si le dépôt de l'acte n'avait été fait au notaire que par un ou quelques-uns des associés; nonobstant la nullité du contrat de société dans la forme, chacun des associés, lorsqu'il a existé entre eux une communauté de fait, est en droit de reprendre ce qu'il a apporté, et doit participer aux gains et aux pertes. (B., 26 janvier 1830; J. de B., 1830, 1, 350; J. XIXe siècle, 1830, 3, 87; DALLOZ, XXV, 300).

(4) Add. *Responsabilité du notaire en cas d'insuffisance de l'extrait.—Jurisprudence*. Le notaire qui, dans l'extrait de l'acte de société publié conformément à l'art. 42 du code de commerce, a omis d'énoncer la clause restrictive de la signature sociale, est responsable des obligations plus étendues dont la société s'est trouvée, contre son vœu, chargée envers les tiers qui ont contracté avec les associés dans l'ignorance de cette clause.

Alors surtout que le notaire ne prouve pas que les engagements souscrits par les associés au delà de leur pouvoir ont tourné au profit de la société (21 novembre 1840. Douai, Thiculeux. DALLOZ, XLI, 2, 67).

— En cas de faillite de la société, l'action en responsabilité est valablement dirigée contre le notaire par les syndics représentant la masse et exerçant les droits des associés; les syndics ne peuvent être écartés par la fin de non-recevoir tirée de ce que la publication de la société étant exigée dans l'intérêt des tiers, c'est aux tiers seuls, et non aux associés et, par suite, à leurs ayants droits, à se prévaloir de l'irrégularité de la publication (code civil, art. 1166; code de comm., art. 443). (Même arrêt.)

(5) PARDESSUS, t. IV, n. 1032, FREMERY, p. 56.

son sociale, les administrateurs et gérants sur lesquels se concentre l'action solidaire des tiers, l'époque de la naissance et de la fin de la société.

237. Pour que l'extrait soit reçu, il doit être signé par les gérants de la commandite. La signature des commanditaires n'est pas requise, par les raisons que je donnais au n° 234. Soit que le capital soit divisé par actions, soit qu'il ne le soit pas, ce sont les seuls gérants qui doivent certifier l'extrait, véhicule de la publicité.

238. Au demeurant, on remarquera la sagesse avec laquelle le code de commerce a concilié les besoins du crédit avec le secret nécessaire, dans une certaine mesure, à la commandite (1). L'ordonnance de 1673 avait voulu que les commandites faites entre négociants fussent publiées, et que les noms de leurs membres figurassent sur les extraits; mais les sociétés en commandite contractées par un négociant avec un simple particulier restaient secrètes. Quels que fussent les inconvénients de ce mystère alors qu'une faillite venait à accabler le gérant, l'ordonnance de 1673 s'était résignée à les subir : elle n'avait pas su trouver de milieu entre la publicité absolue et le secret absolu.

Au dix-huitième siècle, des idées de réforme furent émises; mais elles étaient mal digérées et inefficaces. Par exemple, les syndics de la chambre du commerce de Normandie, dans leurs observations sur l'ordonnance de 1673, proposaient de déclarer, par addition à l'article 8, que les sociétés en commandite ne seraient pas tenues à l'enregistrement, *sauf aux négociants sous le nom desquels seraient lesdites sociétés de les déclarer, en cas de faillite, à leurs créanciers, sous peine de punition* (2).

Pour motiver cette opinion, les syndics disaient :

« La société en commandite n'intéresse pas le public, la personne sous le nom *de qui elle est, n'ayant de crédit que celui que son nom seul et sa capacité lui donnent.* Il pourrait même être dangereux que le public en fût informé, en ce que, le sachant dépositaire de plus gros fonds que l'opinion publique ne lui attribue de fortune, on pourrait être engagé à lui faire des crédits plus considérables, et le porter ainsi à des entreprises téméraires qui pourraient devenir la cause de la perte de la société.

« Le public est néanmoins intéressé *à le savoir,* DANS LE SEUL CAS *de faillite*. Celui sous le nom duquel est la société pourrait porter son associé comme son créancier, et non comme son associé, et contribuable conséquemment aux dettes de la société pour le fonds par lui mis dans la société. On remédie à cet inconvénient en obligeant lesdits négociants, en cas de faillite, de déclarer à leurs créanciers leurs sociétés en commandite, sous peine de punition.

« Quoique l'ordonnance n'ait point distingué lesdites sociétés lorsqu'elle a prescrit l'enregistrement de toutes sociétés entre marchands, *en n'en n eu enregistrer aucune en commandite*, et on a été également exposé à l'inconvénient qu'on vient de citer. »

A mon avis, la chambre de commerce de Normandie se laissait aller à de puériles terreurs, quand elle considérait comme dangereuse la connaissance des valeurs mises dans la commandite ; elle ne tenait pas compte, d'ailleurs, des grands développements que cette société avait pris, et des services qu'elle était destinée à rendre au commerce ; enfin elle ne remédiait à rien par une punition que la fraude aurait pu facilement rendre stérile.

Le code de commerce, au contraire, a vu les dangers de la clandestinité, et ses mesures pour les prévenir sont prudentes et énergiques. Une idée simple, mais inaperçue avant lui, permet de mettre d'accord la publicité voulue par le crédit, avec le secret exigé par la considération des personnes.

Les valeurs qui forment le gage des tiers seront connues ; ce point est indispensable, quoi qu'en aient dit les négociants de Rouen. Mais les personnes ne seront pas exposées à une publicité fâcheuse; les gérants seuls, qui ont assumé une responsabilité personnelle, figureront dans l'extrait offert aux regards du public.

239. Voyons maintenant la sanction de ces diverses formalités. L'art. 42 du code de commerce veut qu'elles soient observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés ; et cette peine est adoptée par la loi de 1833 pour les formalités qu'elle prescrit (3). Mais, quant aux tiers, le défaut d'aucune d'elles ne peut leur être opposé par les associés.

Ainsi, les tiers sont à l'abri de toute objection prise du défaut de formalités : on ne peut s'en prévaloir contre eux. L'art. 42 a pleinement réalisé le vœu de la chambre de commerce de Normandie (4) : c'est seulement contre les associés que la nullité peut être rétorquée.

Mais ici se présentent plusieurs difficultés.

Quelle est l'étendue de cette nullité ? Quelle est sa nature? Est-elle absolue ? Est-elle relative ? N'a-t-elle été établie que dans l'intérêt des tiers contre les associés? Ou bien les associés peuvent-ils s'en prévaloir les uns contre les autres ? Est-elle susceptible d'être couverte? Quels sont ses effets sur les actes accomplis ?

On pressent que de graves réponses sont au fond de ces questions.

240. Dans l'origine, Delvincourt avait pensé que l'art. 42 n'avait prononcé la peine de nullité que pour empêcher les associés d'opposer la société aux tiers, en faveur desquels ont été introduites les formes solennelles ci-dessus détaillées (5) : et cette opinion a une couleur d'équité qui séduit au premier coup d'œil.

Néanmoins la rigueur de l'art. 42 la condamne : c'est ce qui devient évident si l'on suit la marche des discussions qui l'ont engendré.

Le projet de code ne contenait pas de sanction pénale de la publication : quelques tribunaux réclamèrent. Ici l'on demanda une amende (6) ; là, la défense aux associés de s'opposer l'un à l'autre le défaut de publication, et d'intenter une action sociale tant qu'il n'y avait pas de publication (7).

Au conseil d'État, Merlin appela l'attention sur cette omission de sanction pénale. On parla de prononcer une amende. Regnaud la voulait applicable,

(1) **Add.** Voici, d'après DURANTON, n° 337, le motif de la loi : « Ces formalités ont été introduites afin que dans le cas où l'un des associés viendrait à faire faillite, les créanciers de la société pussent parfaitement connaître les autres. Mais comme les simples bailleurs de fonds, ou commanditaires, ne sont tenus que de leur mise, leurs noms ne sont pas rendus publics. »

(2) Manuscrit de la bibliothèque royale; LANCELOT, n° 105.

(3) Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 13 février 1830, décide que l'article 42 doit être lié aux articles 43 et 44, et que la peine de nullité les domine tous. DALLOZ, XXXIII, 2, 167.

(4) *Junge* tribunal de commerce de Reims.

(5) DELVINCOURT, *Inst. du droit comm.*; MASSÉ, *Parfait notaire*, t. II, p. 343.

(6) Toulouse, Observations sur le projet de code de commerce.

(7) Paris, Rennes, Lyon, Rouen.

Add. Voyez, *infrà*, commentaire des art. 18-50 du code de commerce.

non-seulement dans le cas de faillite, mais toujours, dans tous les cas et sur les réquisitions d'office du ministère public.

C'est alors que Treilhard réveilla la peine de nullité de l'ordonnance de 1673, non pas avec extension de cette peine aux tiers ainsi que cette ordonnance le voulait dans un sentiment d'exagération qui lui fit manquer le but, mais restreinte dans ses effets aux associés, tous coupables du défaut d'enregistrement. Treilhard représenta cette peine comme beaucoup plus efficace que celle de l'amende. Vainement Regnaud insista-t-il pour signaler les inconvénients de la nullité de la convention; inconvénients qui avaient fait avorter les prescriptions de l'ordonnance de 1673; vainement montra-t-il que l'on satisfaisait à toutes les exigences raisonnables, en se bornant à forcer à la publicité par une amende; vainement, enfin, Cambacérès se joignit-il à Regnaud pour prouver que cette doctrine *était seule raisonnable*, d'autant qu'on ne pourrait pas empêcher qu'il n'y eût eu des affaires de faites en société : la majorité du conseil céda à la parole de Treilhard. On rejeta la proposition d'une amende, et l'art. 42 fut adopté tel qu'il est aujourd'hui (1). Le sens de cette discussion ne saurait laisser de doute. Treilhard a voulu évidemment armer les associés les uns contre les autres pour les forcer à l'enregistrement; il a voulu les prendre par la défiance, par la crainte des surprises réciproques.

Au surplus, la jurisprudence est maintenant fixée (2); elle est même bien éloignée, à l'heure qu'il est, du point de départ si réservé de Delvincourt, comme nous allons le voir (3).

Il est donc vrai que les associés sont fondés à se prévaloir entre eux de la nullité de la convention : règle sévère, et contre laquelle l'équité et la bonne foi ont souvent protesté. Mais le législateur a été mû par des idées d'un autre ordre. Tout associé qui néglige la publication de l'acte social lui a paru animé d'un esprit de dol contre les tiers. Il a voulu qu'il fût puni par le refus de la protection de la loi à une convention ainsi dissimulée (4).

241. Mais du moins la nullité est-elle de celles qui ne peuvent être couvertes? La jurisprudence a marché sur cette question d'oscillations en oscillations. Elle se partage en deux camps opposés, l'un qui veut que la nullité soit susceptible d'être couverte, l'autre qui soutient qu'elle doit toujours être prononcée (5). Voyons les principaux monuments sur lesquels elle se balance.

242. Commençons par les arrêts favorables à la première opinion.

1° Une société, formée en 1817 entre Fontenilliat et Manoury, n'avait été transcrite et affichée au greffe du tribunal de commerce qu'en 1819, et elle n'avait pas été publiée dans les affiches judiciaires et le journal du département, ainsi qu'il est prescrit par le décret du 12 février 1814, à peine de nullité. Cette société se livra à des opérations de commerce et fonctionna pendant sept ans. A cette époque des difficultés survinrent entre les parties; Fontenilliat demanda la nullité de la société pour violation de l'art. 42 du code de commerce et du décret du 12 février 1814 : mais il échoua devant la cour royale de Rouen et devant la chambre des requêtes de la cour de cassation (6). Les motifs donnés par la cour régulatrice sont dignes de remarque. Non-seulement Fontenilliat avait exécuté le contrat pendant sept ans; mais cette exécution, bien plus grave qu'une simple exécution de fait, avait été accompagnée *de reconnaissance judiciaire*; il avait demandé *en justice* la continuation de la société : il était donc non recevable à en demander plus tard la nullité.

243. 2° Cette circonstance d'une déclaration judiciaire de reconnaissance, à laquelle la cour de cassation attachait tant d'importance, ne se rencontrait pas dans l'espèce suivante jugée par la cour royale de Grenoble; et néanmoins le demandeur en nullité échoua également.

Société entre Lavauden et Milleret. Ces deux individus n'habitaient pas la même ville. Lavauden écrit à Milleret pour lui proposer des modifications à leur pacte social; ce dernier refuse. Mais comme l'acte n'avait été ni enregistré ni publié, il lui donne cette double formalité, et fait savoir de nouveau à Lavauden qu'il ne veut pas discéder de leurs conventions primitives; et toutefois il actionne son coassocié en nullité de l'acte de société pour défaut de transcription et d'affiches en temps utile. Accueillie par le tribunal de première instance comme fondée sur une nullité d'ordre public, cette demande fut repoussée sur l'appel par arrêt du 22 juillet 1823 (7). La cour fut frappée de l'insistance de Milleret à persister dans la société, de sa volonté hautement manifestée de ne pas sortir du pacte social, motif pour lequel il en avait procuré l'enregistrement et la publication. Ces circonstances parurent de nature à élever une fin de non-recevoir contre son tardif changement de volonté.

244. 3° A ces deux arrêts vient se joindre une décision de la cour de Bordeaux, du 16 décembre 1829, d'autant plus digne d'être prise en considération, qu'elle a été rendue sous la présidence de Ravez, l'un de nos plus savants jurisconsultes (8).

---

(1) Voy. cette discussion dans MERLIN, qui y prit part, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 545.

(2) Cassat. req., 2 juillet 1817; MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 545; DALLOZ, *Société*, p. 109; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 185.

(3) N° 247.

(4) Add. FREMERY condamne le système de la loi; il dit : « L'influence d'un principe suivi pendant treize siècles, en montrant toujours le droit dans la loi, s'est encore fait sentir; au lieu de signaler nettement l'iniquité de cet article, on a cherché par l'interprétation à en modifier le sens. Les auteurs ont enseigné d'abord que la nullité ne rétroagit pas, et qu'elle n'a lieu que pour l'avenir, en sorte que la communauté antérieure se liquide d'après les bases de l'acte social; puis, on s'est hasardé à dire que l'acte de société, rédigé longtemps avant la mise en activité des opérations sociales, pouvait être enregistré valablement, quoiqu'il eût plus de quinze jours de date.

« Certes la raison le veut ainsi, mais la loi!

« Les tribunaux se sont partagés entre ces autorités. Une société se forme et subsiste pendant trois mois avant que l'acte qui la constitue soit publié; il l'est enfin; la société dure encore pendant deux ans : tout à coup un des associés veut la faire cesser, mais la convention s'y oppose. La loi vient à son secours; il invoque la nullité prononcée par l'art. 42, quand l'acte n'est pas publié dans le délai de quinze jours; et il se trouve une cour qui respecte assez la loi pour affranchir cet associé des liens qu'il avait contractés. » (Lyon, 4 juillet 1827; DALLOZ, XXVIII, 2, 10).

(5) L'affirmative est enseignée par PARDESSUS, MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 185; et PERSIL fils, p. 214, 215; pour la négative, HORSON, t. I, quest. 19, p. 74; FREMERY doit être consulté, p. 50, 51.

(6) 12 juillet 1825 (DALLOZ, XXV, 1, 351; SIREY, XXVI, 1, 403).

Add. 9 juillet 1828, Aix (DALLOZ, XXXII, 2, 110).

(7) DALLOZ, *Société*, p. 111; SIREY, XXIV, 2, 38.

(8) DALLOZ, XXX, 2, 259; SIREY, XXX, 2, 219; *Palais*, 1830, t. II, p. 62.

« La nullité de l'art. 42, dit cet arrêt, n'est pas tel-
« lement absolue qu'elle ne puisse être valablement
« couverte par *la renonciation des parties à s'en pré-
« valoir, par la reconnaissance et l'exécution de la
« société, et par sa dissolution volontaire.* »

C'est pourquoi les juges ne peuvent prononcer d'office la nullité de la société.

245. 4° Et comment serait-ce une nullité absolue? ajoute la cour de Bruxelles (1). Elle n'a pas lieu contre les tiers. Ainsi rien n'empêche les parties d'y renoncer d'un commun accord, de ratifier l'acte et de donner une exécution volontaire aux obligations qu'il contient. Il serait contraire à la bonne foi qu'un des associés, après avoir retiré de la société des avantages importants, pût en provoquer la dissolution anticipée, sous prétexte d'une nullité qu'il a couverte par une ratification volontaire.

246. Quelque graves que soient ces décisions, il en est d'autres qui font avec elles l'antagonisme le plus direct.

Une société avait été formée, transcrite et publiée conformément à l'art. 42 du code de commerce et à la loi du 31 mars 1833; mais l'exemplaire du journal, dans lequel l'insertion avait été faite, n'avait pas été enregistré dans les trois mois de sa date, ainsi que cette loi l'exige à peine de nullité.

Après un certain temps de paisible exécution, un des associés se repentit tout à coup et demanda la nullité de la société. Vainement ses coassociés se prévalurent de divers actes qui, suivant eux, devaient faire considérer la nullité comme couverte; ils échouèrent devant toutes les juridictions; et, sur le pourvoi, la chambre des requêtes de la cour de cassation statua ainsi par arrêt du 30 janvier 1839 :

« Attendu que cette formalité de l'enregistrement
« *étant, dans l'espèce*, D'ORDRE PUBLIC, il devient inu-
« tile d'examiner si le défendeur éventuel a ou non
« exécuté l'acte de société (2). »

246 2° (3).

247. Et c'est la physionomie que la cour royale de Lyon avait donnée, la première, à l'art. 42 du code de commerce, par un arrêt fortement raisonné (4). Cette cour établit que la nullité a été édictée dans l'intérêt général des tiers et dans une vue d'ordre public; que c'est le cas d'expliquer la maxime *quod ab initio nullum est, non potest tractu temporis convalescere.* Peu importe qu'une publication complète ait eu lieu après la quinzaine accordée par l'art. 42, et avant qu'aucune réclamation ne fût élevée; peu importe qu'à la suite de cette publication tardive la société ait subsisté pendant deux ans. Rien ne saurait empêcher la nullité d'opérer une séparation entre les parties; elles sont toutes inexcusables d'avoir manqué à la loi. Seulement, on liquidera leur société de fait, conformément à leurs arrangements écrits.

Les mêmes principes se retrouvent dans un arrêt de Nîmes, du 9 décembre 1829 (5); et la cour de Bruxelles, contraire à elle-même, les a adoptés le 13 février 1830 (6). Depuis, les arrêts se sont multipliés (7), et la jurisprudence paraît maintenant fixée dans le sens le plus rigoureux. N'avais-je pas raison tout à l'heure (n° 240) de dire que les scrupules de Delvincourt n'arrêtent plus personne?

248. Au surplus, on peut censurer la loi pour être si rude et si absolue; mais on ne peut maudire le juge qui l'applique telle qu'elle est faite. Oui! la jurisprudence a tiré les conséquences nécessaires du principe de nullité déposé dans l'art. 42 du code de commerce, et fortifié par le décret du 12 février 1814 et par la loi du 31 mars 1833. Elle a bien fait de sortir du système de ratifications et confirmations volontaires qui faussaient la volonté de la loi et démentaient son esprit.

Au surplus, cette loi est-elle si cruelle qu'on veut bien le dire? L'intérêt des tiers n'exigeait-il pas de fortes garanties contre les dissimulations de sociétés, contre les modifications dolosives de leurs pactes? Fallait-il accorder tant d'intérêt aux associés réfractaires qui, par leurs réticences, annoncent une pensée de fraude (8) et sont indignes de la protection de la loi?

248 2° (9).

(1) 16 janvier 1830 (DALLOZ, XXXIII, 2, 167).

(2) SIREY, XXXIX, 393, 394.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN ne l'entendaient pas ainsi : « Nous pensons, disent ils (n° 185), que cette nullité doit être couverte avec facilité, surtout lorsque la formalité a été remplie dans un délai rapproché de celui fixé par la loi. »

Jurisprudence.—Le moyen de nullité ne peut être admis *de plano* devant la cour de cassation (22 janvier 1834, cass. civ.; DALLOZ, XXXIV, 1, 104).

— Les formalités prescrites par l'art. 42 du code de commerce doivent être observées à peine de nullité entre les associés. En conséquence il n'y a lieu à ordonner l'arbitrage conformément à l'art. 51 du même code que lorsqu'il existe un acte de société à l'égard duquel ces formalités ont été remplies (la Haye, 9 novembre 1827; Jur. du XIXe siècle, 1828, 185; DALLOZ, XXV in-8°, 300).

— Lorsqu'un acte de société n'a pas été rédigé ou rendu public dans les formes qu'on vient d'indiquer, la nullité peut en être demandée par chacun des associés, sans que l'on soit fondé à se prévaloir contre le demandeur de ce que l'omission des formalités a eu lieu par sa propre faute, sauf, dans ce cas, les dommages-intérêts dus aux autres associés pour le tort que la discontinuation de la société leur fait éprouver (PARDESSUS, n° 1007; DALLOZ, XII, 109, n° 10).

(3) **Add.** *Si cette nullité est d'ordre public, peut-elle être prononcée d'office par les tribunaux?*—PERSIL, qui, à la vérité, estime que cette nullité peut être couverte, résout la question négativement.

(4) 24 juillet 1827 (SIREY, XXVII, 2, 183; DALLOZ, XXVIII, 2, 10). HORSON, en approuvant la doctrine de cet arrêt, la donne tout au long, t. I, p. 75.

(5) DALLOZ, XXX, 2, 67; SIREY, XXX, 2, 107.

(6) DALLOZ, XXXIII, 2, 167; SIREY, XXX, 2, 130.

(7) Toulouse, 22 avril 1837 (SIREY, XXXVII, 2, 442); Bordeaux, 5 février 1841 (SIREY, XLI, 2, 219), et autres rapportés par l'arrêtiste à la note de la page 219.

Add. Précédemment rendus dans le même sens : 2 juillet 1817, req. (DALLOZ, XVIII, 1, 390); 2 juin 1821, Bourges (DALLOZ, XXI, 2, 1070); 25 juillet 1834, Toulouse (DALLOZ, XXXV, 2, 70).

(8) BERLIER (LOCRÉ, t. XVII, p. 200).

(9) **Add.** *La nullité de l'acte de société prononcée pour défaut de publication entraîne avec elle la nullité de la clause de dédit.*—Cette conséquence inévitable du système de la nullité de l'association est enseignée par PERSIL, p. 217 : « Pas le moindre doute, dit il, sur la solution de cette question : car le seul fait de l'exercice d'un droit ne peut donner lieu contre son auteur à une action en dommages-intérêts; d'ailleurs le dédit stipulé ne peut être réclamé en vertu d'un acte rendu nul par défaut de publicité, puisqu'il ne doit être payé que par celui qui se retirera avant le terme convenu, ce qui suppose une société d'existence légale et non une société qu'il ne s'agit pas de dissoudre, mais d'anéantir.

« Enfin, les conventions insérées dans l'acte social ne doivent pas survivre à la société, *accessorium sequitur principale.* Les conventions accessoires sont nulles, sitôt que le lien de droit résultant du contrat ne subsiste plus; dès lors aucun des sociétaires ne peut se prévaloir des stipulations que contenait l'acte social. » 23 juin 1831, Paris (SIREY, XXXII, 2, 57).

Jurisprudence.—Jugé cependant que lorsque l'inaccomplissement des formes prescrites pour la publication de l'acte de société est imputable aux deux associés, l'un n'est pas recevable à

249. Néanmoins, tout illégale qu'elle est, la société non publiée n'en est pas moins un fait accompli, qui a donné lieu à des rapports sociaux, et son passé ne peut disparaître sans laisser de traces. Que Locré ait pensé qu'il ne fallait tenir aucun compte de cette société de fait, qu'il ne devait y avoir lieu, même pour le temps écoulé, à aucune communauté de pertes et de gains (1) ; c'est une opinion tellement exagérée qu'il serait superflu de la discuter. Il y a des affaires qui ont été faites en commun ; on doit les régler d'après l'intention des parties (2), à moins de vouloir faire des sociétés de fait une espèce d'état sauvage, où il n'y a ni droit ni protection. Comme le disait Savary dans un passage que j'ai cité au n° 222, est-ce qu'il n'y a pas des mises à retirer? Est-ce qu'il faut laisser le surplus au premier occupant?

Hâtons-nous de dire que la jurisprudence a rarement hésité là-dessus. Presque toujours ses décisions ont, pour le passé, soumis les associés à la loi qu'ils avaient donnée, à leurs intérêts privés (3).

Il est cependant un point sur lequel j'ai été témoin d'une controverse digne d'être rapportée. Tout en convenant que la société avait laissé pour le passé des traces ineffaçables de son passage, on a prétendu que cette société devait être réglée, non pas par les conventions des parties, mais par les dispositions de la loi (4), et c'est ce qu'a jugé la cour de Bourges, le 4 juillet 1841, par un arrêt qui fut déféré à la chambre des requêtes de la cour de cassation. Nous fûmes presque tous d'accord que cet arrêt avait erré, et le pourvoi fut admis à l'unanimité moins une voix. Il nous sembla que la cour royale, en admettant la société sans les conditions avouées par les parties, enlevait au fait de société un de ses éléments constitutifs ; qu'elle le tronquait arbitrairement ; qu'en le reconnaissant pour partie, elle devait le reconnaître pour le tout.

Autrement, la nullité introduite par la loi, pour éviter les fraudes, serait un moyen de gain frauduleux pour l'un des associés peu soucieux de sa parole. Supposons que les parties n'aient voulu faire qu'une commandite : est-ce qu'il faudra transformer cette société en société ordinaire et grever le commanditaire au delà de sa mise? Ne serait-ce pas une énormité? Il faudra donc aussi n'avoir aucun égard à la quotité des mises? Et si vous n'osez pas aller jusque-là, si vous consultez la convention pour ce qui concerne cette quotité (5), pourquoi pas aussi pour le règlement des dettes, pour les parts dans les pertes et bénéfices, et pour toutes les conditions sous lesquelles les parties sont entrées en rapport? Quant à moi, je ne conserve pas le moindre scrupule sur cette question. Puisqu'on est forcé par une irrésistible nécessité d'adopter la société comme fait, il faut prendre ce fait dans sa plénitude; il ne faut pas le scinder capricieusement ; il ne faut pas en accepter telle partie, et en rejeter telle autre, qui en a été un des éléments essentiels; sans quoi la bonne foi, qui est l'âme des sociétés, est blessée, et on procure un profit injuste à celui qui n'est pas moins coupable que son adversaire pour n'avoir pas observé les formalités légales (6).

---

s'en prévaloir vis-à-vis de l'autre pour se refuser à l'exécution d'une clause pénale stipulée au cas de dissolution de la société arrivée par la faute de l'un des associés, alors d'ailleurs qu'en exécution de cet acte, ils se sont livrés à des opérations de commerce (27 février 1828, Lyon, Roland. DALLOZ, XXVIII, 2, 288).

— Jugé encore que des dommages-intérêts peuvent être prononcés en faveur d'un associé contre le coassocié qui demande l'annulation de la société, pour inaccomplissement des formalités prescrites par l'art. 42 du code de commerce (9 décembre 1829. Nîmes, Matardier. DALLOZ, XXX, 2, 67).

(1) Esprit du code de commerce, art. 42, n° 4.

(2) CRETET, Disc. au conseil d'État, dans MERLIN, *Quest. de droit*, § 1, p. 544; HORSON, p. 69; FREMERY, p. 52.

(3) Lyon, 24 juillet 1827, rapporté *suprà*, n° 247, et autres arrêts y relatés. Mais consultez surtout l'arrêt de la cour de cassation rapporté par MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 546; autre de la chambre civile du 29 juin 1841 (SIREY, XLI, 1, 586).

Add. C'est aussi l'opinion de PERSIL : « Je pense, dit-il, n° 114, que la question doit se décider conformément à l'équité, que sa solution dépend tout à fait de l'appréciation des faits. Si les magistrats découvrent des intentions de fraude dans les actes des sociétaires, ils doivent alors user d'une grande sévérité, entendre la loi dans son sens le plus rigoureux, réduire au néant tout ce qui a été exécuté par les sociétaires agissant dans un intérêt commun.

« Mais, au contraire, si les intéressés, par une ignorance trop commune de la loi ou par oubli, ont négligé d'accomplir les formalités prescrites par l'art. 42, les tribunaux alors ne peuvent se refuser de sanctionner tous les actes passés entre les associés, ils doivent ordonner le règlement et le partage du gain ou des pertes que la communauté a mis à la charge de tous, et enfin prononcer pour l'avenir la dissolution de la société. »

Jurisprudence. — Décidé de même encore que la nullité d'une société non publiée peut être demandée pour l'avenir, par l'un des associés, bien qu'elle ait eu exécution.

Les faits d'exécution d'une société non publiée établissent, pour le passé, une simple communauté d'intérêts commerciaux (22 avril 1837, Toulouse, Bimar. 22 juin 1837. Rennes, Mahen. DALLOZ, XXXVII, 2, 164).

— L'acte constitutif d'une société en commandite ne perd pas à défaut de publicité son caractère d'acte social pour tous les faits accomplis antérieurement à la demande en nullité. En conséquence les contestations qui s'élèvent entre associés à raison de ces faits doivent être nécessairement soumises à la juridiction arbitrale, seule compétente pour les juger (code de commerce, art. 51). (13 juin 1832. Req. Paris, Duboulay. DALLOZ, XXXII, 1, 231.)

(4) *Infrà*, n° 312.

(5) **Add.** *Jurisprudence.* — L'inobservation des formalités prescrites par l'art. 42 du code de commerce entraîne la nullité de l'acte de société même entre les associés. L'acte de société ne peut même être invoqué comme constatant les mises des associés.

« Si le contrat d'association a reçu son exécution, comment doivent se régler, entre les associés, les affaires déjà faites en société (Brux., 3 mai 1823 ; J. de B., 1823, 1, 59 ; DALLOZ, XXV in-8°, 300).

(6) **Add.** PARDESSUS, n° 1006, n'est pas de cet avis : « Ce que l'équité commande ici, dit-il, c'est donc pas de maintenir, pour l'avenir, des conventions dont ils n'ont pas mérité d'obtenir l'exécution, mais de régler les rapports passés sans égard aux conditions d'un acte qui ne mérite aucune considération, et seulement d'après l'équité qui ne permet pas que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui, et qui veut que toute réunion d'intérêts, même fortuite, établisse des rapports et donne des droits respectifs pour se provoquer à un règlement et partage. »

Voici l'opinion de VINCENS, t. I, p. 311 : « Entre associés la nullité de la société résultant du défaut d'écrit ou de publication, les laisse dans une position singulière ; ils ne peuvent réclamer aucun effet d'un traité nul, point de bénéfice à partager, à ce qu'il semble. Chacun apparemment supporte les pertes et les conséquences des opérations qu'il a faites sous le vain nom social. Cependant il faut bien que chacun puisse retirer sa mise ; il n'en est pas moins créancier de ce qu'il a versé dans une caisse qui était commune, quoiqu'elle ne puisse se dire sociale. Si une portion de ce fonds s'est dissipée en pertes dans des entreprises de bonne foi, ne faut-il pas en constater le vide ? Si en vertu de la responsabilité qui pèse encore en faveur des tiers, un des prétendus associés est poursuivi, ne doit-il pas être garanti en vertu des règles de la solidarité, ou pour la portion sociale de chacun, ou pour des

250. On objecterait en vain, contre cette opinion, un arrêt de la cour de cassation, qui, tout en reconnaissant que la non-publication d'un acte de société laisse subsister des faits accomplis qui ont le caractère social, a cependant décidé, le 29 juin 1841, au rapport de mon honorable et savant ami, M. Fabvier, que la clause de se faire juger par des arbitres, *sans appel*, est destituée de valeur dans des statuts non enregistrés ni publiés; que cette dérogation exceptionnelle à l'ordre des juridictions et à la loi des deux degrés ne peut résulter d'un acte frappé de nullité (1). Cette décision est excellente, et elle ne contredit en rien notre manière de voir : la société de fait doit, sans doute, amener les associés devant des arbitres; c'est là, en effet, la règle générale de l'art. 51 du code de commerce; mais elle ne peut les conduire devant des arbitres jugeant en dernier ressort; car le droit commun résiste à cette exception, et si on la faisait sortir d'un acte non valable, il arriverait que cet acte produirait des effets pour l'avenir, et servirait, non pas à régler des faits accomplis, mais à gouverner pour l'avenir l'ordre des juridictions.

251. Mais quelle que soit, dans le cercle des intérêts privés, la puissance de la communauté de fait entre associés, elle ne va pas jusqu'à créer des droits à quelques-uns d'entre eux contre les créanciers personnels d'un autre associé; et ces créanciers pourraient, sans aucun doute, provoquer la nullité de la société, afin d'agir plus librement sur le patrimoine de leur débiteur (2).

Il est même certain que les créanciers personnels d'un associé pourraient opposer la nullité aux créanciers de la société. Ils sont, en effet, *intéressés*, dans le sens de l'art. 42, et comme tels, il leur appartient de se prévaloir de la nullité, c'est-à-dire, d'argumenter de la fraude que la clandestinité fait supposer (3). Il est vrai que les associés ne peuvent opposer la nullité aux créanciers; mais, entre créanciers, la lutte est légitime.

251 2° (4).

252. Reste à nous occuper des formalités requises pour les sociétés anonymes.

L'art. 39, quoique faisant de l'écriture une nécessité pour les sociétés en nom collectif ou en commandite, leur a cependant accordé la liberté de l'écriture sous seing privé. Il n'en est pas ainsi de la société anonyme; elle ne peut être formée que par acte public (art. 40).

De plus, l'ordonnance du roi, qui lui est nécessaire pour avoir une existence légale, doit être affichée avec l'acte d'association pendant trois mois dans la salle d'audience du tribunal de commerce du lieu où sera établi le siége de la société (art. 42, 145).

Ces formalités sont de rigueur : leur omission entraîne nullité de l'association.

253. Mais quelquefois il y a une société de fait qui précède la société légale. Nous verrons plus bas les effets de cette communauté d'intérêts (5).

Nous remettons également à plus tard (6) ce que nous avons à dire sur la marche à suivre pour l'obtention de l'ordonnance royale.

254. Il reste à faire une remarque qui s'applique

---

parts égales? Ces questions devraient se présenter souvent : cependant on ne trouve pas de décision formelle; ce qui prouve que les précautions du code sont bonnes et s'exécutent. Mais une règle ajoutée dans la loi à la déclaration pure et simple que la société est nulle envers les associés quand ces précautions ont été négligées, n'aurait pas été de trop pour déterminer les effets de cette nullité. A défaut, ce serait encore sur les circonstances rapprochées des principes généraux du droit que se décideraient les contestations; et apparemment des individus irrégulièrement associés seraient tenus, comme des associés véritables, de remettre à des arbitres le soin de régler les intérêts qu'ils avaient prétendu mettre en commun. »

(1) SIREY, XLI, 1, 586.

(2) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 192, où ils disent : « Mais ces preuves ne peuvent être admises que dans l'intérêt des tiers. Si donc il était au contraire plus avantageux pour eux de méconnaître la société, ils auraient le droit d'opposer aux associés la nullité de l'acte résultant de l'inaccomplissement des formalités exigées par la loi. Ainsi, les créanciers personnels d'un associé pourraient, malgré ce que nous avons dit, agir sur tous les biens de leur débiteur, même contre ceux qu'il aurait apportés en société, puisque cette société serait nulle à leur égard (Montpellier, 24 mars 1819)

Jurisprudence. — Jugé, dans le même sens, que les créanciers qui ont fait déclarer la faillite de leur débiteur conservent leurs droits sur la totalité de l'actif du failli, nonobstant la société que celui-ci aurait formée antérieurement à sa faillite, si cette société, faite par acte sous seing privé, n'a point été enregistrée avant la faillite. Ces créanciers doivent être préférés aux créanciers sur l'actif du failli, sans que ceux-ci soient fondés à prétendre qu'ils sont des tiers vis-à-vis desquels on ne peut se prévaloir du défaut de l'enregistrement de l'acte (13 février 1821. Req. Balleydur. DALLOZ, XII, 112, n° 1. DALLOZ, XXII, 1, 226).

— Si le défaut de publicité peut être en général opposé par les tiers, la régie de l'enregistrement n'est pas recevable à proposer la nullité de ce chef. « Ces nullités, disent CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, n° 2801, ne sont établies que dans l'intérêt de certaines personnes et pour éviter les préjudices que pourrait leur causer l'ignorance des conventions sociales. Mais ces conventions ne sauraient être invoquées par la régie qu'elles ne touchent point, et qui n'est point appelée à contracter avec les associés. » (9 mars 1831, cass. de France.)

— Les créanciers d'une société qui n'a pas reçu la publicité exigée par l'art. 42 du code de commerce ne sont pas fondés à opposer à la femme de l'un des associés qui demande à exercer la reprise de ses droits sur l'actif social, la connaissance personnelle qu'elle a eue de l'existence de l'association (code de commerce, art. 42). (15 avril 1839. Rouen, Leblanc. DALLOZ, XXXIX, 2, 178. 4 mars 1840. Paris, Girin. DALLOZ, XL, 2, 143).

(3) Montpellier, 24 mars 1819 (MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 547). Le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 13 février 1822 (MERLIN, *loc. cit.*).

Add. *Jurisprudence.* — Lorsqu'une société en nom collectif manque de formalités exigées pour sa constitution, la nullité qui en résulte peut être opposée par des tiers à d'autres tiers, et, par exemple, par les créanciers personnels de l'un des associés à des créanciers qui traitent d'affaires de nature commerciale avec la prétendue société (code de commerce, art. 42, § 3). (11 août 1838. Angers, Cosnier. DALLOZ, XXXIX, 2, 47.)

(4) **Add.** *Limite au droit qu'auraient les créanciers d'agir sur tous les biens de leur débiteur associé.* — MALEPEYRE et JOURDAIN, après avoir enseigné que les créanciers pouvaient provoquer la nullité de la société pour défaut de publication et agir sur les biens apportés par leur débiteur dans la société annulée, ajoutent, n° 193 : « Mais pour avoir le droit d'agir sur les biens apportés en société par le débiteur de ce créancier, il faudrait que la créance fût réclamée avant la liquidation, car le partage opère une mutation contractuelle ou du moins une attribution qui est la suite d'un contrat primitif (code civil, article 883) qui devrait être respecté.

« La cour de Rouen a même jugé, et le pourvoi contre son arrêt a été rejeté par la cour de cassation, au rapport de Pardessus, le 16 décembre 1823, qu'il fallait que la créance dont le tiers réclame le payement, eût pris naissance avant la dissolution de la société, attendu que le droit d'un créancier ne pouvait pas rétroagir et atteindre des objets qui avaient composé la société dont le terme était expiré. »

(5) *Infrà*, n° 475; arg. du n° 249, *suprà*.

(6) *Infrà*, n° 459.

à toutes les sociétés de commerce : c'est que ce n'est pas seulement leur formation que le législateur a voulu soumettre à des conditions de publicité ; ce sont encore 1° tous les changements importants dans l'organisation de la société, comme la dissolution de la société avant le terme fixé (1), la retraite d'un associé en nom (2), l'adoption d'une nouvelle raison sociale, la modification de quelques clauses fixant la position des parties ; 2° les continuations de sociétés après le terme expiré (3).

---

(1) *Infrà*, n° 910.

Add. *Jurisprudence.* — Si l'acte de société, si l'acte de dissolution d'une société, même non publiée dans la forme légale, n'a pas été rendu public, il ne peut être opposé aux tiers... Et, par exemple, le porteur d'une traite signée du nom social par l'un des associés, même après l'acte de dissolution de la société, peut en réclamer le payement contre tous les associés (23 juillet 1828 Paris, Gradis. DALLOZ, XXVIII, 2, 240).

— L'associé qui a exécuté un acte de dissolution de société en achetant la part de son coassocié et en aliénant même depuis la totalité du fonds social, se rend non recevable à prétendre que la dissolution est nulle pour n'avoir pas été publiée dans la quinzaine; il dirait en vain que c'est là une nullité d'ordre public insusceptible de ratification (6 juin 1831. Req. Douai, Virnot. DALLOZ, XXXI, 1, 316).

(2) *Infrà*, sur l'art. 1856, le passage de COQUILLE sur la publication au prône des changements survenus dans l'administration des sociétés villageoises du Nivernais.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN tirent de cette règle la conséquence suivante quant aux retraites d'associés non publiées : « Nous avons dit que les retraites d'associés devaient être rendues publiques (code de commerce, art. 46). La retraite anticipée d'un associé qui n'aurait pas été rendue publique ne pourrait donc pas être opposée aux tiers. Peu importerait que l'acte constitutif de la société fût antérieur au code civil; la retraite s'opérant sous l'empire de ce code, l'article 42 devrait être observé (Colmar, 2 août 1817).

« La même publicité est nécessaire, lorsque l'un des associés cède, avec le consentement de ses coassociés, sa part dans l'association.

« C'est aux tribunaux à n'admettre qu'avec la plus grande circonspection, les preuves qui tendent à établir l'existence d'une société qui peut avoir une funeste influence sur la fortune, l'honneur et la liberté d'un citoyen. Mais tous les genres de preuve sont admis par la loi, lorsqu'il s'agit de constater une société dans l'intérêt des tiers, et le juge n'a d'autres bornes à ses pouvoirs que l'équité et sa conscience. »

Jurisprudence. — Quoiqu'une société ait été constatée antérieurement au code de commerce, la retraite de l'un des associés qui a lieu avant l'époque prévue dans l'acte de société, mais postérieurement à la publication du code, doit être rendue publique dans les formes prescrites par l'art. 42 de ce code (2 août 1817. Colmar, Predelys. DALLOZ, XII, 188, n° 1. DALLOZ, XVIII, 11, 18).

— Si la retraite de l'un des associés avant la fin de la société, et la cession qu'il a faite de ses droits à un étranger, n'ont pas été rendues publiques, il reste obligé vis-à-vis des tiers. Mais cette responsabilité de l'associé qui se retire ne s'étend point aux opérations postérieures au terme fixé par l'acte primitif pour la cession de la société (même arrêt).

— La retraite de l'un des associés avant le terme fixé doit être rendue publique à l'égard des tiers, encore que la société n'ait pas été publiée. Par suite, si la société a été continuée sous la même raison sociale, l'associé qui s'est retiré est soumis, si sa retraite n'a pas été rendue publique, à la garantie solidaire des obligations contractées par la société, même après sa dissolution de fait, et il n'est pas admissible à faire la preuve de cette dissolution (9 juill. 1833. Req. Lyon, Gengène. DALLOZ, XXXIII, 1, 259).

— Et, en effet, si l'on pouvait se soustraire aux mesures de précaution prescrites dans l'art. 46 du code de commerce pour la dissolution de la société par cela seul que l'acte social n'aurait pas été rendu public, il pourrait arriver qu'on formât une société qu'on s'abstiendrait de rendre publique, pour échapper à toute responsabilité pour les faits postérieurs à un acte de dissolution qu'on s'empresserait de produire lorsque des tiers, confiants dans l'existence d'une société signalée par des faits, par la notoriété, réclameraient contre l'associé en retraite qu'ils auraient toujours regardé comme leur obligé. Mais, sans même supposer l'intention de la fraude dès l'origine de la société, quelle voie ouverte à la fraude dans un système qui permet à deux, quatre, dix individus précédemment associés, de contracter, sous la trompeuse garantie de tous les membres qui composaient la société, et sous une raison notoirement connue, des engagements dont ils ne seraient tenus qu'individuellement ! (DALLOZ, *eod.*)

— La publicité de la retraite et de la cession n'est rigoureusement prescrite que dans l'intérêt des tiers, mais à l'égard des associés entre eux et des cessionnaires, ils ne peuvent se prévaloir de la nullité résultant du défaut de publicité, lorsque la retraite de l'associé et la cession de ses droits a eu lieu de leur consentement, et qu'il y a eu exécution de la part de toutes les parties (2 août 1817. Colmar, Predelys. DALLOZ, XII, 188, n° 1; DALLOZ, XVIII, 2, 18, n° 10).

— L'associé qui a rendu publique sa retraite d'une société par l'accomplissement des formalités voulues par le code de commerce, est déchargé même envers les tiers, après cinq ans, de toutes les obligations contractées par la société pendant qu'il en faisait partie. A son égard la société est dissoute, dès cette époque, et, dès lors, la prescription de cinq ans établie par l'article 64 du code de commerce, court à son profit, non du jour de la liquidation générale de la société, mais du jour de sa retraite (7 juin 1830. Req. Montpellier, Perret. DALLOZ, XXX, 1, 280).

— L'associé retiré de l'association, mais qui a souffert que son nom continuât à faire partie de la raison sociale, n'est pas néanmoins tenu à l'égard des tiers des obligations de la société lorsque la dissolution de l'ancienne société a reçu la plus grande publicité; qu'elle a été suivie de la retraite notoire de l'associé; que celui-ci est resté depuis complétement étranger aux affaires de l'association; qu'aucune imputation de dol ne peut lui être adressée; enfin, qu'il est constant que la simulation de la raison sociale n'a été d'aucune influence dans les engagements que les tiers ont pris avec la société (code de commerce, art. 42, 46, 21).

La responsabilité de l'associé qui a souffert que son nom figurât indûment dans la raison sociale n'étant pas déterminée par une disposition de la loi, dépend des circonstances dont l'appréciation appartient aux tribunaux (16 janvier 1840. Ain, Salles. DALLOZ, XL, 1, 151).

(3) **Add.** *Jurisprudence.* — Il suffit que, par acte public, des associés aient déclaré vouloir continuer la société ancienne pour que cet acte ait pu être regardé comme une simple prorogation de cette société (19 juin 1834. Req., Lyon, Laforge. DALLOZ, XXXIV, 365).

— Lorsque deux personnes qui avaient contracté pour un temps limité (trois ans, par exemple) une société en commandite, ont, à l'expiration de ce temps, continué pendant une année les affaires communes sur les bases précédemment établies, mais sans remplir les formalités légales de publication, cette continuation n'a pas changé, même à l'égard des tiers, la qualité des associés, et n'a pas établi de solidarité entre eux (code de commerce, art. 42, 46). (17 avril 1839. Paris, Ziegenhagen. DALLOZ, XXXIX, 2, 125.)

— L'obligation de publier toutes nouvelles stipulations ou clauses entre associés commerciaux ne doit pas s'entendre en ce sens que toute clause nouvelle soit assujettie à la publicité; il faut que la clause nouvelle soit du nombre de celles qui, placées dans l'acte de société, doivent être publiées par extrait (cour d'appel de Bruxelles, 1842, 2, 309).

Ainsi il n'y a pas lieu à publication d'une clause qui, dérogatoirement au contrat primitif, statue que les décisions des arbitres seront susceptibles de recours en appel et en cassation (cour d'appel de Bruxelles, 1842, 2, 309).

L'art. 46 du code de commerce (1) exige avec beaucoup de sagesse que tous ces changements, ainsi que les déclarations des associés portant continuation de société, soient soumis aux formalités des articles 42, 43, 44, sous la peine de nullité portée par le paragraphe dernier de l'art. 42. Sans ces précautions, les associés auraient pu démolir pièce à pièce leur état primitif de société, et le public qui, ensuite, aurait traité avec eux, n'aurait eu que le simulacre d'une garantie sans aucune réalité.

Quant aux sociétés anonymes, si elles veulent modifier leurs statuts, elles doivent obtenir une autorisation du roi.

CHAPITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉ.

Art. 1835. Les sociétés sont universelles ou particulières.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 920. *On peut la faire pure et simple et sous conditions. Elle peut être universelle ou limitée à un certain bien et à un certain commerce.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 7. *Les sociétés sont universelles ou particulières.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 4. Conf. à l'art. 1835 du code.

MOTIFS.

TREILHARD, orateur du gouvernement : « Les sociétés peuvent être universelles ou particulières. Elles sont universelles quand elles comprennent tous les biens des associés ou tous les gains qu'ils pourront faire.

« Elles sont particulières quand elles n'ont pour objet que des choses déterminées; c'est la volonté et la volonté seule des parties qui règle ce qui doit entrer dans la société et qui la range par conséquent dans l'une ou l'autre de ces deux classes.

« Ici je ne remarquerai que deux dispositions du projet : l'une défend de comprendre dans la société, même universelle, la propriété des biens qui pourraient échoir dans la suite par succession, donation ou legs.

« L'autre ne permet de société universelle qu'entre personnes respectivement capables de se donner ou de recevoir, et qui ne sont frappées d'aucune prohibition de s'avantager entre elles. »

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 5, in princip.— Leg. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, Cod. 71, § 1.— Leg. 45, § 2, D. *de acq. vel amitt. hæred.* — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. III, no 1. — POTHIER. *Société*, ch. II.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1707. Conf. à l'art. 1835, C. F.

Sardaigne. — 1857. Id.

Haïti. — 1604. Id.

Louisiane. — 2795. Les sociétés sont divisées, quant à leur objet, en sociétés de commerce et en sociétés ordinaires.

2796. Les sociétés de commerce sont celles qui sont formées :

1° Pour l'achat de biens meubles et leur vente, soit dans le même état ou sous une autre forme;

2° Pour la commission d'achat et de la vente des meubles.

3° Pour le transport des marchandises, moyennant le fret de navires ou autres embarcations.

2797. Les sociétés ordinaires sont celles qui ne sont pas commerciales. Le reste conf. à l'art. 1835, C. F.

2798. Les sociétés de commerce se divisent en deux espèces, les générales et les spéciales. Le reste conf. à l'art. 1835, C. F.

Les dispositions de ce titre leur servent de règle sur les points qui ne sont pas incompatibles avec le code de commerce.

2799. La société en commandite peut faire partie de l'une et de l'autre de ces sociétés.

Bavière.—1. Il y a trois sortes de sociétés : 1° celle de choses et travaux déterminés ; 2° celle de la fortune présente ; 3° celle des biens présents et à venir.

La première s'appelle particulière.

La seconde universelle et simple des biens.

La troisième universelle de tous les biens.

4. Dans la première on ne doit apporter que ce qu'on a promis ; dans la seconde ce qu'on acquiert par le travail et l'industrie ; dans la troisième tout ce qu'on acquiert.

5. Dans la seconde, tout ce qui se fait pour l'utilité ou les besoins de la société, doit être payé par elle; dans la troisième, tout qui sert aux besoins de l'un des sociétaires est encore à la charge de la société.

6. Dans la société universelle de tous les biens, les fruits sont toujours partagés également; dans la société universelle simple ce partage s'effectue en proportion de la part de chaque associé.

(1) Voy. aussi n° 913.

SOMMAIRE.

255. Des sociétés universelles et des sociétés particulières. Division de la matière.

COMMENTAIRE.

255. La volonté qui seule crée la société peut en élargir ou en restreindre le cercle suivant le but auquel elle tend (1). De là, la distinction des sociétés en sociétés universelles et en sociétés particulières. La source de cette distinction est prise dans l'étendue des choses mises dans l'association. Elle donne lieu à une division de la matière en deux sections : l'une qui comprend les sociétés universelles, l'autre qui traite des sociétés particulières.

SECTION PREMIÈRE.

DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

Art. 1836. On distingue deux sortes de sociétés universelles, la société de tous biens présents et la société universelle de gains.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

Voy. ci-après à l'art. 1837.

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 3, § 1, et leg. 7. — POTHIER. *Société*, n° 28.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1708. Conf. à l'art. 1836, C. F.
Sardaigne. — 1858. Id.
Haïti. — 1605. Id.
Louisiane. — 2800. La société universelle est un contrat par lequel les parties conviennent de mettre en commun les biens meubles et immeubles ou seulement la propriété ou leurs fruits; mais les biens à venir ne peuvent en faire partie, cette stipulation serait nulle.

2881. Une société universelle de gains comprend tous les bénéfices qui peuvent être faits, quelle qu'en soit la source, soit par achat soit par industrie.

SOMMAIRE.

256. Antiquité et fréquence des sociétés universelles.
257. Ces sociétés étaient surtout utiles à l'agriculture. Erreur de ceux qui ont cru qu'elles n'avaient pour principe qu'un vague sentiment d'amitié.
258. Des causes qui les ont fait tomber en désuétude.
259. Ancien droit sur les sociétés universelles.
260. Des sociétés universelles de biens. Elles comprenaient tous les biens présents et à venir.
Néanmoins les anciennes sociétés tacites n'avaient pas cette étendue.
261. Charges des sociétés de tous biens présents et à venir. Dettes et besoins des associés.
262. Mais la société ne prenait pas à son compte les folles dépenses, les dettes de jeu et tout ce qui avait une cause répréhensible.
263. État de la législation actuelle. Le code n'admet que les sociétés universelles de biens présents. Raisons sur lesquelles il est fondé.
264. Suite.
265. Suite.
266. Transition.

COMMENTAIRE.

256. Les sociétés universelles ont été autrefois d'un grand usage. L'époque féodale les a vues cou-

(1) Add. DUVERGIER, n° 85, rappelle ici les paroles de TREILHARD au conseil d'État; il ajoute ensuite : « Universelles ou particulières, les sociétés sont soumises à peu près aux mêmes règles; et les rédacteurs du code civil, en divisant ce chapitre en deux sections, n'ont point eu la pensée de placer chaque espèce de société sous l'empire de dispositions distinctes et spéciales. Leur but, comme on peut s'en convaincre en parcourant les articles 1835 et suivants, a été d'indiquer surtout ce qu'embrasse chaque société, selon que les parties contractantes lui ont appliqué l'une ou l'autre dénomination; de désigner les biens qui ne peuvent être compris dans les sociétés universelles, et les personnes qui peuvent les former. Il y a cependant, entre les deux classes de sociétés, quelques différences qui dérivent de leur constitution même. Quoique aucun article ne les indique, on ne saurait nier qu'elles existent; et c'est précisément parce que le législateur ne les a pas signalées, qu'il est nécessaire de les faire bien ressortir. »

vrir le sol des anciennes Gaules (1). A la mort du père de famille, ses enfants, continuant en quelque sorte l'état d'indivision dans lequel les biens avaient été entre ses mains (2), reconnaissaient dans l'aîné un chef auquel appartenait le gouvernement de l'hérédité et l'autorité sur les biens communs. Ces sociétés de frères sont très-célèbres dans les vieux jurisconsultes et dans nos coutumes (3) ; et l'on a vu dans la préface de cet ouvrage comment les sociétés de serfs, de roturiers, quelquefois même de nobles, réalisèrent au plus haut degré les grands effets de l'esprit d'association.

257. C'était particulièrement pour l'agriculture que ces sociétés s'étaient formées ; aussi les appelle-t-on souvent sociétés rustiques.

Il ne faut pas croire, avec un auteur moderne (4), qu'elles n'eussent pour principe qu'un vague sentiment d'amitié ou de fraternité ; elles donnaient lieu à de grands bénéfices, et les exemples cités par les arrétistes nous montrent que les acquisitions faites pendant leur durée augmentaient considérablement, à la dissolution, le capital mis en société (5). C'est en parlant de ces associations que Lebrun disait qu'elles étaient *pour les mainmortables un moyen de s'enrichir* (6), et qu'il y avait en elles un certain commerce qui *les faisait valoir* (7). Elles avaient un caractère de lucre tellement marqué, que le même Lebrun s'en faisait une objection contre les prêtres qui, par leur moyen, se livraient à *la fange du commerce* (8).

258. J'ai exposé ailleurs les causes qui ont fait tomber ces associations. La nécessité des preuves écrites ; les embarras et les frais des contrats publics ; l'esprit d'individualisme qui depuis le seizième siècle a miné en haut et en bas toutes les agrégations de forces ; l'amélioration du sort des classes inférieures et surtout des laboureurs ; la division à leur profit des propriétés foncières et l'indépendance qui en est résultée pour le paysan ; tout cela a hâté la ruine des sociétés universelles (9) ; on n'en voit plus aujourd'hui que des exemples peu fréquents. Etudions cependant ces débris d'un passé vénérable ; recherchons ce que le code en a conservé, ce qu'il en a mis à la disposition des intérêts nouveaux.

259. Le droit romain et notre ancien droit français reconnaissaient deux espèces de sociétés universelles : les sociétés universelles de biens, *universorum bonorum* (10), et les sociétés universelles de gains, *universorum quæ ex quæstu veniunt* (11). A ces deux sociétés le droit français avait ajouté la communauté entre époux, dont nous n'avons pas à nous occuper ici, mais qui n'en est pas moins une variété de la société universelle (12).

260. La société universelle de biens comprenait tous les biens présents et à venir. Tout ce que les parties possédaient au moment du contrat, tout ce qu'elles acquéraient par la suite à titre de succession, donation, legs, ou pour quelque cause que ce soit (13), entrait dans la société (14). Mais il faut remarquer que les simples sociétés tacites n'avaient pas, de plein droit, des effets aussi compréhensifs ; la coutume les restreignait aux meubles présents et à venir et aux acquêts ; les propres n'en faisaient pas partie (15).

261. Par contre, la société de biens présents et à venir était tenue de toutes les dettes existantes au moment de l'entrée en société et de toutes les dépenses nécessaires à chaque associé (16).

Dans ces dépenses nécessaires étaient compris les aliments, l'éducation des enfants, les frais de leur établissement, les dots (17).

262. Mais la société n'était pas tenue des folles dépenses (18) d'un associé, de ses dettes de jeu et de débauche (19), des réparations civiles auxquelles il pouvait être condamné pour ses délits (20). La société devait avoir un but moral ; elle ne devait pas servir les mauvaises passions ; l'associé en perte pour des causes honteuses devait prendre sur sa part pour s'acquitter.

263. Le code civil n'a pas adopté les sociétés de biens présents et à venir ; il n'admet que les sociétés universelles de biens présents (21).

Le projet de code soumis aux tribunaux allait même jusqu'à proscrire ces dernières sociétés. Le tribunal d'appel de Paris s'éleva contre cette proscription. « Il « y a des gens qui ont si peu (disait-il avec raison), « qu'en réunissant tout leur avoir présent et futur, « ils trouvent encore difficilement de quoi sustenter leur faible existence... La loi doit se prêter à « toutes les situations. »

---

(1) OTTO FRISINGENSIS (*Gesta imper. Frederici*) ; PAPON, liv. XV, n° 28.

(2) LEBRUN, *Des sociétés tacites*, ch. 1, n° 8.

(3) MICHALORIUS a fait un traité *De fratribus*. Il y a aussi un traité de PETRUS UBALDUS, *De duobus fratribus*. Voyez Bourbonnais, art. 267 ; Nivernais, ch. XXII, et les coutumes rappelées *suprà*, n° 197, et notre préface.

(4) DUVERGIER, n° 87.

(5) MAYNARD, liv. II, ch. LXXI, n° 1.

(6) *Des sociétés tacites*, à la suite de son *Traité de la Communauté*, ch. 1, n° 2.

(7) *Ibid.*, n° 3.

(8) *Ibid.*, n° 4.

(9) Voy. la préface.

(10) ULPIEN, l. 5, D. *Pro socio*.

(11) *Ibid.*, l. 7, D. *Pro socio* ; *infrà*, n° 284.

(12) POTHIER, n° 28.

Add. *Jurisprudence.* — Avant le code et sous l'empire du droit romain la société universelle *omnium bonorum* pouvait être contractée tacitement... et prouvée par témoins (l. 3, 4 et 7, ff. *Pro socio*).

Mais la seule communion des biens entre cohéritiers était insuffisante pour établir cette société (l. 32, 33 et 34, ff. *pro socio*, § 3 ; *Inst. quæ quasi ex contr. nasc.*

En tous cas, les faits invoqués à l'appui de la preuve de la société universelle tacite, doivent être antérieurs à la promulgation du code, suivant lequel la preuve testimoniale n'est pas admissible au delà de 150 francs (3 février 1841. Bastia, Agostini. DALLOZ, XLI, 2, 76).

(13) PAUL, l. 3, § 1, D. *Pro socio*. ULPIEN, l. 73, D. *Pro socio*.

(14) PAUL dit : *Communioni*.

(15) *Le Grand Coutumier*, liv. II, ch. XL ; LEBRUN, *Sociétés tacites*, ch. IV, n° 16 ; *infrà*, n° 281 ; POTHIER, sur Orléans, *Des sociétés*.

(16) POTHIER, n° 37.

(17) POTHIER cite un grand nombre d'auteurs sur la question des dots.

(18) POTHIER, n° 39 ; ULPIEN, l. 52, § 17, D. *Pro socio*.

(19) POMPONIUS, l. 59, § 1, D. *Pro socio*.

(20) ULPIEN, l. 52, § 18, D. *Pro socio*.

(21) **Add.** Les annotateurs de ZACHARIÆ disent au sujet de de la décision de la loi : « Ces dénominations (société de tous biens présents et société universelle de gains) employées par la loi, ne sont pas tout à fait exactes, puisque, d'une part, la société universelle de biens présents peut, à l'exception des biens à échoir par donation ou succession, comprendre toutes autres espèces de biens à venir que les parties voudraient y faire entrer, et que, d'autre part, la société universelle de gains comprend de plein droit les biens meubles que les associés possédaient au moment de la formation du contrat (code civil, articles 1836 et 1837). »

Ces observations furent entendues (1); les sociétés universelles de biens présents furent autorisées; mais le code maintint la défense des sociétés de biens à venir.

Voici les raisons qui ont déterminé ses rédacteurs :

D'abord, les donations de biens à venir ne sont pas autorisées par le code civil, et à la faveur d'une société feinte on aurait pu contrevenir à une prohibition qui a les applaudissements de tous les hommes sages (2).

De plus, on a craint de fréquentes inégalités entre des personnes dont les espérances pouvaient être très-disproportionnées. Il a paru qu'une société, dont les éléments ne pouvaient être appréciés exactement au moment du contrat, pouvait dégénérer en société léonine ou quasi-léonine (3). Je ne donne pas cette dernière raison comme bien satisfaisante. Le droit romain était bien plus vrai quand il disait : « Hæc societas « coiri potest etiam inter eos qui non sunt æquis « facultatibus (4). » Mais la première n'est pas sans gravité. Au surplus, ce qui domine tout, c'est que ces sociétés universelles de biens présents et à venir ne sont pas dans l'esprit de notre siècle, et qu'en ceci le code civil a été son interprète éclairé.

264. La société de biens présents était donc tout ce qu'il suffisait d'accorder aux idées modernes; et encore en usent-elles avec sobriété.

265. Il en est de même des sociétés universelles de tous gains qui règlent les articles 1838 et suivants, (*infrà*, n° 284).

266. Nous marcherons donc avec rapidité dans une matière dont l'intérêt n'est plus sur le premier plan. Le lecteur nous saura gré de réserver les développements étendus pour d'autres parties plus usuelles du contrat de société (5).

Art. 1837. La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourront en tirer.

Elles peuvent aussi y comprendre toute autre espèce de gains. Mais les biens qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance. Toute stipulation tendante à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 5. *Les sociétés de gains et profits peuvent être ou universelles ou particulières.*

Art. 21. *La société de tous biens embrasse l'aliénation des fonds; cette aliénation doit être clairement exprimée et l'acte doit en être rédigé par écrit.*

Art. 22. *Elle comprend les biens à venir, s'il n'y en a réserve expresse.*

Art. 23. *Cette société subsiste, bien que l'une des parties y mette moins que l'autre.*

Art. 24. *Si elle est contractée par un père ou une mère avec leurs enfants, elle n'obtient son effet qu'au cas où tous seront appelés à recueillir égales portions.*

Au cas contraire, elle est réductible aux simples termes d'une société de gains et profits, et les fonds de mise conférés par le père ou la mère, doivent après eux être rapportés à leur succession, pour y être partagés conformément aux lois qui régissent cette partie.

Art. 25. *Sous un régime qui n'admet point d'engagements indissolubles, la société de tous biens peut se résoudre à la volonté d'une seule partie, et cependant s'il a été convenu qu'elle sera perpétuelle ou qu'elle ne finisse qu'à un terme désigné, toute action dirigée ou contraire la réduira aux simples termes d'une société de gains et profits.*

Art. 26. *Dans l'état de confusion parfaite qui résulte de la communauté générale, l'action contre les membres qui la composent est nécessairement indivisible et solidaire.*

Art. 27. *La communauté générale est tenue des dépenses de chacun des associés, si chacun d'eux a plus d'enfants et de charges que l'autre; il n'y a lieu pour cet objet à aucune indemnité.*

Art. 28. *La dissolution de la société de tous biens arrivant, soit par la mort, soit au terme convenu, tout ce qui la compose forme une masse qui se partage également entre tous les associés.*

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 6. *La société de gains universels est celle dans laquelle les associés confondent tous leurs revenus, toute leur industrie, à quelques actes que l'application s'en réfère; telle est la société entre époux.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 8. *La loi ne reconnaît que la société universelle de gains, et prohibe celle de tous biens présents et à venir, sauf la communauté conjugale, dont les règles sont établies au titre du contrat de mariage et des droits entre époux (a).*

Art. 11. *Les biens que les associés possèdent au temps du contrat, n'y entrent que pour la jouissance.*

---

(1) *Infrà*, n° 301; BERLIER, au conseil d'État (FENET, t. XIV, p. 368).

(2) Exposé des motifs, TREILHARD (FENET, t. XIV, p. 397).

(3) TREILHARD, *loc. cit.*

(4) ULPIEN, l. 5, § 1, D. *Pro socio.*

(5) Add. DUVERGIER, n° 87, dit aussi : « Je réduirai donc autant que possible ce que j'ai à dire sur cette matière; de longs développements seraient sans application et sans utilité. »



Ceux qui leur échoient pendant la société, par succession, donation ou legs, n'y tombent en aucune manière (*b*).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — (1re *rédaction*.) Art. 6. *On distingue deux sortes de sociétés universelles : la société universelle de gains et celle de tous biens présents.*

2e *rédaction*. — Conf. à l'art. 2236 du code.

Art. 7. *La société de tous biens présents est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement.*

Les biens qui peuvent leur avenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation pour y faire entrer la propriété des biens à venir, est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard.

2e *rédaction*. — Conf. à l'art. 1837.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE GRENOBLE. — Art. 8. La rédaction de cet article serait plus correcte et plus exacte, si elle était ainsi conçue : « La loi ne reconnaît de société universelle que celle de gains, et prohibe, etc., » comme il suit audit article.

TRIB. DE BOURGES. — Art. 6. « La loi prohibe la société de tous biens présents et à venir. »

On pourrait douter si elle est permise, au moins des biens présents. Il faut prévenir les mauvaises interprétations ; et comme cette règle a pour objet d'empêcher qu'on ne dispose indirectement de toute sa fortune, on propose d'ajouter à l'article ces mots : *même pour les biens présents*.

TRIB. DE PARIS. — Après avoir applaudi à la suppression des *sociétés taisibles* (voyez art. 1834), le tribunal de Paris ajoutait :

Mais les rédacteurs du code ne s'en tiennent pas là ; et l'article 8 ajoute : « La loi ne reconnaît que la société universelle de gains, et prohibe celle de tous biens présents et à venir, sauf la communauté conjugale. »

L'article 9 dit encore que « la société universelle de gains comprend tout ce que les parties gagneront et acquerront pendant la durée de la société, soit par leur industrie personnelle, soit par la jouissance de leurs biens présents. »

Et l'art. 11 répète que « les biens que les associés possèdent au temps du contrat n'y entrent que pour la jouissance ; ceux qui leur échoient pendant la société, par succession, donation ou legs, n'y tombent en aucune manière. Le tout sans distinction du meuble et de l'immeuble. »

Nous croyons que ces articles vont trop loin ; il y a des personnes qui ont si peu, qu'en réunissant tout leur avoir, présent et futur, elles trouvent difficilement de quoi sustenter leur faible existence.

Combien n'en a-t-on pas vu que le malheur des temps avait réduits à cet état, quoique nés avec de la fortune et accoutumés à une vie aisée ! La loi doit se prêter à toutes les situations ; elle doit s'adapter à tous les besoins que les circonstances peuvent amener, et n'en contrarier aucun. D'autre part, il semble raisonnable, quant à la société universelle des gains, que les meubles en fassent partie et n'y entrent pas pour la jouissance seulement. Les meubles sont comme le fonds naturel de cette espèce de société, et c'est ce qu'ont pensé tous les rédacteurs de coutumes, qui se sont occupés d'en tracer les règles ; c'est aussi ce que nous voyons dans la communauté conjugale. Si le mobilier est exclu d'une société universelle de gains, que va-t-il s'ensuivre ? Il faudra, en établissant une pareille société, commencer par faire inventaire, à l'effet de distinguer les meubles qui appartiennent à chacun des associés, et faire ensuite un récolement tous les ans, pour constater ou les augmentations ou les pertes ; il faudra, à mesure que chacun des associés recueillera une succession, ou fera en meubles quelque acquisition un peu marquée, avoir recours à de nouveaux inventaires. Quelle gêne et quel embarras insupportables !

Nous proposons de substituer aux articles du projet ceux que voici :

Art. 7. Les sociétés sont universelles ou particulières.

Art. 8. On distingue deux sortes de sociétés universelles : la société universelle de gains, et celle de tous biens présents et à venir.

Art. 9. La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société. Les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat, même ceux qui leur échoient dans la suite par succession, donation ou legs, sont compris dans cette société ; leurs immeubles personnels y entrent aussi, mais pour la jouissance seulement.

Art. 10. La société de tous biens présents et à venir est celle par laquelle les parties mettent en commun tous les biens meubles et immeubles qu'ils possèdent actuellement, et ceux qui leur aviendront par la suite ; elle comprend même les immeubles qu'ils pourront recueillir par succession, donation ou legs, et ce non-seulement quant à la jouissance, mais quant à la propriété.

Art. 11. La simple convention de société, sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains.

Art. 12. On peut contracter société de certaines choses déterminées, ou simplement de leur usage, ou de fruits à en percevoir. On peut s'associer également pour l'exercice de quelque métier ou profession : ce sont des sociétés particulières.

TRIB. DE ROUEN. — Art. 8. Il faudra dire : « La loi ne reconnaît d'autre société universelle que celle des gains, etc. »

DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

I. *Motifs d'admettre la société de tous les biens présents.*

II. *Les avantages que cette société pourrait assurer à l'un des associés doivent être réduits à la portion disponible.*

IV. *Les gains que font les associés ne sont pas mis au rang des biens à venir, auxquels la société ne peut s'étendre.*

I. Le consul CAMBACÉRÈS dit que la faculté de disposer étant indéfinie, hors deux cas seulement, les motifs qui autrefois ont fait exclure la société de biens à venir, ne subsistent plus.

BERLIER dit qu'à l'égard de la prohibition de comprendre dans la société les biens futurs provenant de successions, donations ou legs, il croit devoir, en prenant les choses de plus haut, rendre compte de ce qui a conduit à cette résolution.

Le projet de code civil n'admettait que la société universelle de gains, plusieurs tribunaux, et notamment celui de Paris, ont réclamé une plus grande latitude : à cette occasion, la section a admis la société de tous biens présents, mais a craint d'aller plus loin, par plusieurs motifs.

D'abord, confondre dans ce pacte les successions et donations à venir, ce serait y comprendre des choses éventuelles, tandis qu'il est dans le principe de la société que les associés connaissent bien ce qu'ils donnent et ce qu'ils reçoivent.

En second lieu, bien que les libéralités soient moins restreintes qu'elles ne l'étaient avant la promulgation du code civil, cependant elles ne doivent pas être encouragées et leur mode étendu outre mesure.

Enfin, et ce motif a déterminé la section, on ne peut disposer, par donation entre-vifs, de biens à venir ; or la société qu'on discute est certainement un acte entre-vifs.

BIGOT-PRÉAMENEU dit qu'il est de l'essence de la société que les choses qui y entrent soient connues, sauf l'incertitude des bénéfices ou des pertes ; or, elles ne peuvent l'être dans la société de biens à venir. Personne ne peut connaître quelles successions lui écherront, et il est établi en principe qu'elles ne peuvent être l'objet d'aucun traité.

Le consul CAMBACÉRÈS répond que ce contrat serait aléatoire.

TRONCHET objecte que ce serait autoriser les avantages indirects, en les affranchissant des formalités de la donation.

TREILHARD dit qu'il partage l'opinion du consul. Il y aurait dans ces sortes de conventions des chances réciproques qui empêcheraient qu'elles pussent masquer les avantages indirects. Par exemple, celui des associés qui espère une succession peut en être frustré, tandis qu'il peut survenir à l'autre, qui n'a en perspective aucune espérance, des gains inopinés, ne fût-ce que ceux que donne la loterie.

Le consul CAMBACÉRÈS dit que Pothier admet la société de biens à venir.

Il est difficile de voir quel motif pourrait décider à em-

ployer ce moyen pour faire des avantages indirects, lorsque la loi permet de disposer indéfiniment de tous les biens qui ne forment pas la réserve des ascendants ou des enfants. Il n'y a de fraude possible que vis-à-vis du fisc, qui se trouverait frustré des droits d'enregistrement établis sur les donations.

Si cependant on voulait faire quelque distinction, on pourrait exclure de ces sortes de société les successions à recueillir.

Bérenger attaque l'ensemble du titre.

Ses dispositions ne s'appliquent ni au commerce, ni au mariage ; ainsi leur effet porte sur très-peu de cas. Alors il suffirait peut-être de ne pas interdire le contrat de société, et de laisser les parties en déterminer à leur gré les résultats, en pourvoyant cependant à l'intérêt des tiers.

Berlier dit que le titre qu'on discute n'a pas trait seulement à des sociétés universelles, qui sont rares, mais à des sociétés particulières, qui le seront moins.

Que, d'un autre côté, il contient des principes généraux qui régiront même les sociétés de commerce, lorsqu'ils ne seront point en opposition avec les lois spéciales du commerce ;

Que le besoin de certaines règles pour les sociétés purement civiles avait d'ailleurs été tellement senti, que plusieurs coutumes en avaient un titre exprès ;

Et que, sous ces divers rapports, il n'est pas possible d'écarter le projet comme inutile dans son entier.

Revenant ensuite à l'article 7, Berlier pense que, s'il doit être amendé, ce n'est pas pour ajouter à ses dispositions, et ce par les raisons qu'il a déjà déduites, mais pour interdire la société universelle, même réduite aux biens présents, entre personnes qui ne peuvent s'avantager.

Cet amendement est dans l'esprit du projet.

Le consul Cambacérès dit que les rédacteurs du projet de code civil avaient réglé les dispositions qu'ils proposaient, sur un système dans lequel la faculté de donner était restreinte.

Ensuite, ils n'avaient pas même admis la société de tous biens. Si l'on va plus loin qu'eux sur ce point, il n'y a pas de motifs de ne pas autoriser légalement la société des biens à venir.

On objecte que les donations ne peuvent avoir pour objet que les biens présents ; qu'il convient donc de renfermer la société des biens dans les mêmes limites.

L'analogie n'est pas exacte ; il y a entre les deux contrats cette différence essentielle que la donation est gratuite, au lieu que la société est intéressée.

Reste donc l'inconvénient des avantages indirects. On l'a déjà observé, avec la faculté étendue de disposer qui existe maintenant, il n'y a de fraudes à craindre que pour le fisc. Le remède est dans le droit qui lui appartient d'attaquer les contrats simulés.

Tronchet dit que la commission n'a vu dans la société de tous biens, même présents, qu'une véritable donation ; que ce motif l'avait déterminée à l'exclure, parce qu'elle tend à frauder le fisc, à frauder les tiers, qui ne se trouvent plus avertis par la publication, enfin à éluder les prohibitions établies pour certains cas et entre certaines personnes.

Treilhard dit qu'on ne peut empêcher la société des biens présents, sans gêner le libre usage de la propriété.

S'il fallait dans ce contrat chercher un autre caractère que celui que son titre présente, ce ne serait pas une donation qu'il faudrait y voir ; ce serait une vente ; car la mise de l'un est le prix de la mise de l'autre, quand même les deux mises paraîtraient inégales. Les parties seules, lorsqu'elles sont majeures, peuvent juger jusqu'à quel point le contrat établit l'égalité ; elle ne se mesure pas toujours par l'argent ; l'industrie, l'affection, beaucoup d'autres considérations raisonnables sont mises dans la balance et déterminent l'évaluation.

La crainte de faciliter les donations déguisées, ne doit pas faire impression.

Il est, sans doute, du plus grand intérêt d'assurer au gouvernement les ressources sans lesquelles il se trouverait paralysé ; mais il est des moyens pour empêcher que le fisc ne soit fraudé : ne peut-on pas assujettir les sociétés de tous biens aux mêmes droits que les donations ?

Pour empêcher que les prohibitions ne soient éludées, on peut interdire ces sortes de sociétés entre personnes qui sont incapables de se donner.

Avec ces précautions, il ne restera plus qu'un contrat fondé sur des motifs légitimes.

Réal revient à l'opinion de la commission.

Il a été reconnu en effet que, par des considérations d'un ordre supérieur, la liberté de disposer doit être quelquefois gênée : de là des prohibitions et des dispositions restrictives, qu'il serait impossible de concilier avec la faculté de donner sous le voile d'une société de tous les biens. Par exemple, les donations sont révoquées par survenance d'enfants ; cependant, s'il n'y a en apparence qu'une société, les enfants ne recueilleront pas le bénéfice de cette disposition, et la loi se trouvera en contradiction avec elle-même, lorsque à côté de la disposition qui les favorise elle aura placé une autre disposition qui donne la facilité de les en frustrer.

Tronchet dit que néanmoins un amendement serait indispensable.

La vente est un contrat comme la société, et cependant, quand elle est faite à des personnes prohibées et à vil prix, il est permis de l'attaquer, comme n'étant qu'une donation déguisée.

Toutes les donations, même les donations réciproques, sont soumises aux prohibitions et aux réserves ; donc si les sociétés de tous biens peuvent être quelquefois de donation, il est nécessaire, en les autorisant, d'exprimer que c'est sans préjudice des dispositions prohibitives.

Le consul Cambacérès admet cette restriction ; la crainte des abus est un motif de prendre des précautions contre les sociétés frauduleuses, mais non de priver les citoyens du droit d'user de celles qui sont fondées sur des motifs légitimes.

Bigot-Préameneu dit que les véritables sociétés de tous biens seront rares ; elles seront dangereuses si on les défend entre personnes prohibées. L'opinant adopte donc l'amendement de Treilhard, mais il repousse celui de Tronchet ; ce ne serait qu'une source de procès entre les enfants et les pères.

Le conseil adopte en principe la société de tous biens présents, en la défendant aux personnes entre lesquelles les donations sont prohibées.

Il rejette la société des biens à venir.

(14 nivôse an XII.)

II. Réal observe que, d'après le principe adopté, la survenance d'enfants détruira les sociétés de tous biens.

Le consul Cambacérès dit que si la société donne quelque avantage à l'autre associé, on le réduira à la portion disponible.

OBSERVATIONS DU TRIBUNAT.

III. Art. 6. Le second alinéa porte : « Les biens qui pourraient leur avenir (aux associés) par succession, donation ou legs, n'entrent dans la société que pour la jouissance. Toute stipulation tendante à y faire entrer la propriété des biens à venir est prohibée.

Par ces mots, *les biens à venir*, on n'a dû entendre parler que des biens provenant de succession, donation ou legs. Ces biens sont les seuls qui doivent être exclus de la société de tous biens présents. Les biens que les associés acquièrent avec le produit de leurs travaux, de leurs gains, et même ceux qu'ils devraient à d'heureux hasards, peuvent y entrer.

En conséquence, et pour éviter le doute, on est convenu de rédiger le second alinéa de l'article en ces termes :

« La stipulation tendante à y faire entrer la propriété de ces biens, est nulle ; ce qui ne se rapportera qu'aux biens venant de succession, donation ou legs. »

MOTIFS.

Treilhard, orateur du gouvernement : « Les motifs de prohibition de comprendre dans la société la propriété des biens à venir, ne se font peut-être pas sentir si promptement ni si vivement.

« Dans le droit romain, les biens à venir pouvaient être mis en société comme les biens présents, et une pareille convention n'offre, il faut l'avouer, rien qui répugne précisément à l'ordre naturel ; mais lorsque nous en avons examiné les conséquences, nous avons pensé qu'il était plus convenable de la défendre.

« Les donations des biens à venir étaient aussi permises par le droit romain, et cependant peu de personnes ont refusé des applaudissements à la disposition de l'ordonnance de 1731, qui les a proscrites en général, et sauf les cas du mariage.

« Si les actes de société peuvent déguiser des actes de do-

nation, la prohibition de comprendre les biens à venir dans ces derniers doit entraîner, par une conséquence inévitable, la prohibition de les comprendre dans les premiers.

« S'il doit y avoir une égalité de mise dans la société, dans quelle classe pourrait-on ranger celle qui se formerait entre deux hommes aujourd'hui peut-être égaux en fortune, mais dont l'un n'aurait aucunes perspectives immenses, prochaines, immanquables? Et peut-on dissimuler que, dans ce cas, l'égalité ne serait qu'apparente, mais que l'inégalité serait monstrueuse?

« Enfin, il faut que tout ce qui entre dans la société au moment où elle se forme, puisse être connu et apprécié; c'est le seul moyen d'assurer une répartition de profits proportionnée aux apports, et de se soustraire aux désastreux effets d'une société léonine ou quasi-léonine.

« Nous n'avons pu voir dans la société des biens à venir aucun avantage réel qui pût compenser les inconvénients qu'elle entraînerait après elle, et nous avons prévenu, en la prohibant, les surprises et les fraudes dont elle serait presque toujours suivie. »

Rapport. — BOUTTEVILLE : « En s'attachant au principe vrai en lui-même, que des vues de bienfaisance peuvent s'unir aux motifs d'une association, sans dénaturer le contrat, les Romains reconnaissaient un contrat de société, une convention légitime dans la société universelle des biens, contractée entre un citoyen pauvre et le citoyen le plus opulent, quelle que fût l'inégalité de leur patrimoine et de leurs espérances. La loi en donnait cette seule raison : « Cum plerumque pauperior operâ suppleat quod ei per comparationem patrimonii deest. »

« Mais comme il est impossible de désavouer que la société que l'un des associés contracte dans la seule intention de gratifier, ne renferme une donation déguisée, inutilement le législateur aurait avec tant de précision réglé l'ordre des successions, assigné des bornes à la faculté de disposer, et fixé les caractères essentiels et les formalités des donations entre-vifs, s'il eût suffi de recourir à la forme du contrat de société pour éluder les sages précautions de la loi. C'est par ces motifs qu'après avoir, comme les Romains, distingué la société universelle de tous biens présents, et la société universelle de gains, le projet avertit, par le sixième article, ceux qui s'associent, qu'ils peuvent bien faire entrer dans leurs sociétés les biens meubles et immeubles qu'ils possèdent au jour de leur convention, mais que, s'ils voulaient y comprendre les biens qu'ils recueilleront par succession, donation ou legs, une telle stipulation leur est interdite comme subversive de l'ordre de succession. »

GILLET, orateur du tribunat : « Je me contenterai de vous faire remarquer que si, dans les biens présents, on comprend aussi les profits à venir, c'est que les capitaux ou l'industrie qui les font naître sont en effet des mises actuelles. Par la même raison, cette désignation des biens présents exclut tous ceux qui peuvent survenir par succession, donation ou legs, comme étant indépendants des apports primitifs qui composent le fonds social. »

SOURCES.

Dig. *Pro socio;* leg. 3, § 1; leg. 10, 11 et 71, § 1. — POTHIER. *Société,* nos 29, 31, 33 à 35, 37 à 39, 41.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1709. Conf. à l'article 1837, C. F. (Seulement les mots *entre époux* ne s'y trouvent pas.)

Sardaigne. — 1859. Conf. à l'art. 1837, C. F.

Haïti. — 1606. Id.

Hollande. — 1658. La loi ne reconnaît que la société universelle de gains : elle prohibe toute autre société de biens, soit universelle, soit à titre universel, sauf les dispositions énoncées au titre *des Conventions matrimoniales.*

Canton de Vaud. — 1319. Tout contrat de société par lequel les parties voudraient mettre en commun tous les biens meubles et immeubles qu'elles possèdent actuellement, et les profits qu'elles pourraient en tirer, est prohibé.

Il en est de même des contrats par lesquels les parties voudraient mettre en commun les biens qui pourraient leur avenir par succession ou donation, sauf ce qui sera dit au chap. IV concernant l'indivision.

Bavière. — Voy. à l'art. 1835, C. F.

Autriche. — 1177. Si dans le contrat on promet d'apporter toute sa fortune, cette disposition ne s'étend pas au delà de la fortune actuelle. Si on y a compris la fortune à venir, cette dénomination n'embrasse que celle acquise, et non celle échue par succession.

Prusse. — 176. Une communauté universelle de tous les biens ne peut avoir lieu qu'entre époux.

SOMMAIRE.

267. Description de la société universelle de biens présents.
268. Des choses qu'elle comprend de plein droit.
269. Elle ne comprend pas les fruits des biens à venir. Elle n'embrasse que les fruits des mises.
270. Combien elle diffère de la communauté conjugale.
271. Des moyens de distinguer les biens présents des biens à venir.
272. *Possession.* Un bien légalement possédé avant la mise en société est présumé bien présent.
273. *Titre.* Du titre antérieur à l'entrée en société, mais purifié postérieurement.
De l'immeuble aliéné avant la société, mais rentré par suite de rescision.
Autre exemple tiré du réméré.
273 2°. *Les biens même acquis à titre onéreux pendant la société sont exclus, à moins qu'ils ne soient achetés avec les revenus des biens présents.*
273 3°. *Il en est de même des biens acquis à titre d'échange ou de remploi des mêmes biens.*
273 4°. *Lorsqu'il y a doute sur l'époque à laquelle un bien a été acquis, il est censé l'avoir été avant la société, et il fait partie de l'actif social.*
274. Des choses que les parties peuvent faire entrer par leur volonté dans une société universelle de biens présents.
Mélange de cette société avec la société universelle de gains.
275. On ne peut y faire entrer les biens échus par succession, donation, legs; mais on peut y faire entrer la jouissance.
275 2°. *Si les époux peuvent, par contrat de mariage, former une communauté universelle, comprenant leurs biens présents et leurs biens à venir, ils ne peuvent pendant le mariage établir entre eux aucune communauté universelle.*
276. Si la société comprenait les biens présents et les biens à venir, serait-elle nulle pour le tout, ou bien la nullité ne ferait-elle tomber que la convention de biens à venir?
La société est nulle pour le tout.



277. Du passif des sociétés universelles de biens présents. Des dettes contractées par chaque associé avant le société.
278. Des dettes contractées pendant la société.
279. Suite.
280. Des dettes relatives aux biens à venir.
281. De la dépense personnelle des associés, de l'entretien et de l'éducation de leurs enfants. Comparaison avec les anciennes sociétés tacites.
282. De l'obligation de doter les filles des associés.
283. Renvoi pour les autres obligations des associés entre eux et à l'égard des tiers.
283 2°. *Un tuteur pourrait-il, en cette qualité, contracter une société universelle ?*
283 3°. *La femme, avec l'autorisation par écrit du mari ou son concours dans l'acte d'association, pourrait-elle contracter une société universelle de biens avec des tiers ?*
283 4°. *Quid quant à l'administration de la société?*
283 5°. *La femme pourrait-elle être nommée administratrice de la société, par un acte séparé?*

COMMENTAIRE.

267. L'art. 1837 donne avec précision et clarté les limites de la société de tous biens présents. Il expose : 1° ce qu'elle comprend de plein droit ; 2° ce qu'elle peut comprendre en vertu de conventions particulières ; 3° ce qu'il lui est défendu de vouloir embrasser.

268. Ce qu'elle comprend de plein droit, ce sont les biens meubles et immeubles que les parties possèdent actuellement : c'est en cela que consistent les mises. Et quant aux profits que les associés pourront en tirer par la suite, il n'est pas moins clair qu'il font partie de l'actif social à partager. Les sociétaires n'ont contracté leur association qu'en vue de ces bénéfices, de ces profits (art. 1832, 1833). Ce n'est pas un sentiment platonique qui les a réunis.

Quant à l'industrie particulière des associés et aux profits qu'elle est de nature à procurer par l'exercice d'une profession, d'un métier, etc., ce sont choses qui n'entreraient dans la société qu'autant qu'il y en aurait une clause expresse.

269. Et ici je dois tout de suite écarter une opinion de Duranton, qui, d'après Delvincourt, pense que la société universelle de biens présents comprend de plein droit les fruits des biens à venir (1). Je dis que cette opinion est inadmissible, parce que ces fruits ne sont ni biens présents, ni accessoires de biens présents; parce que le second paragraphe de l'art. 1837 fait clairement entendre qu'ils ne peuvent entrer dans la société de biens présents qu'en vertu d'un pacte exprès.

Ce qu'il y a de singulier, c'est que Duranton se sert précisément de ce second paragraphe au soutien de sa doctrine. Mais comment n'a-t-il pas vu qu'en faisant entrer dans la société le jouissance des biens à venir, ce paragraphe se réfère au cas prévu en commençant, d'une société qui comprendrait toute espèce de gains (2) ?

270. On voit par là combien la société universelle de biens présents diffère de le communauté conjugale ; car celle-ci s'enrichit des fruits produits par les immeubles exclus de la communauté ; celle-là, au con-

(1) T. XVII, n° 351.

(2) *Junge* DUVERGIER, n° 93.

Add. Où il dit : « Duranton pense que dans une société de biens présents, doivent être compris les fruits des biens futurs; même de ceux qui aviennent aux associés à titre gratuit. Il reconnaît cependant que le premier alinéa de l'art. 1837 semble les repousser, puisqu'il ne désigne comme éléments de l'actif social que les profits des biens présents. Il avoue que cette disposition peut, avec raison, être considérée comme excluant les fruits des biens futurs, puisqu'elle exclut les gains que feraient les associés par l'exercice d'une industrie : en effet, aux termes du second alinéa de l'article, ces gains n'entrent dans la société qu'autant qu'il y a convention expresse à cet égard. Mais la considération qui lui paraît décisive, c'est qu'on a entendu déroger à l'ancien droit, relativement à la propriété des biens avenus aux associés par succession, donation ou legs durant la société, et non quant à la jouissance de ces mêmes biens. Il ajoute, d'ailleurs, que « de « même que les fruits des immeubles avenus aux époux par ces « voies, durant le mariage, tombent dans leur communauté, « quoique les biens eux-mêmes n'y tombent pas, du moins de « droit commun ; de même, les fruits des biens échus aux asso- « ciés durant la société, et qui leur demeurent propres aussi, « doivent entrer dans leur société. Cela est confirmé, poursuit-il, « par la rédaction de la seconde partie de l'article qui, après « avoir dit que les parties peuvent comprendre dans leur société « toute autre espèce de gains, ajoutent : *Mais les biens qui « pourraient leur avenir par succession, donation ou legs* n'en- « *trent dans cette société que pour la jouissance*. Donc ils y « entrent pour cela ; ils y entrent, sans qu'il y ait besoin d'une « stipulation à cet égard. »

« Aucun de ces arguments n'a de véritable force. D'abord, il suffit qu'on ait exclu de la société la propriété des biens échus aux associés à titre gratuit, pour que les fruits de ces biens aient cessé d'en faire partie. Il n'a pas fallu pour cela de disposition expresse. Dans l'ancien droit, les fruits étaient compris dans la société, parce que les biens l'étaient eux-mêmes ; aujourd'hui, ces fruits ne doivent plus entrer dans l'actif social, parce que les biens n'en font plus partie. L'accessoire suit le sort du principal.

« La communauté conjugale embrasse les fruits des biens qui restent propres aux époux. Cela est vrai ; mais c'est une exception à la règle générale que je viens de rappeler, exception qu'un texte formel a créée.

« Enfin, le second alinéa de l'art. 1837 n'a point le sens qu'on lui prête. Il commence par autoriser les parties à comprendre dans la société toute sorte de gains ; puis, il ajoute : que le jouissance seulement des biens échus à titre gratuit entrera dans la société. Évidemment, cette dernière partie de la disposition se rapporte à ce qui est prévu dans le première, c'est-à-dire, au cas où les parties ont ajouté à la société des biens présents, la société des gains de toute sorte. En un mot, le premier alinéa exclut les fruits des biens futurs de la société de tous biens, lorsqu'elle est pure et simple ; le second les admet, lorsqu'elle est modifiée par la convention. »

DUVERGIER rappelle ici les motifs donnés par TREILHARD, pour la prohibition des sociétés universelles de biens présents et à venir, et il continue en disant : « Le projet de code civil déclarait formellement que la jouissance des biens à venir n'entrerait dans aucune société, pas même dans la société de tous gains. « Les biens que les associés possèdent au jour du contrat, disait- « il, n'y entrent (dans la société universelle des gains) que pour « la jouissance. Ceux qui leur échoient pendant la société, par « succession, donation, ou legs, n'*y tombent en aucune ma- « nière*. » Le second alinéa de l'art. 1837 lève la prohibition ; mais le texte n'est pas assez explicite pour qu'on puisse affirmer que c'est d'une manière absolue, sans aucune réserve, et même pour le société de biens présents. Loin de là, comme je l'ai déjà fait remarquer, il ne parle des fruits des biens futurs qu'après avoir prévu le cas où les parties auraient stipulé que leur société comprendrait les gains de toute sorte ; c'est donc dans cette dernière hypothèse seulement qu'est permis ce qui était défendu par le projet. »

traire, ne profite que des fruits retirés des mises. Mais cette différence n'est pas la seule, et dans un instant nous en verrons une autre non moins remarquable (1).

271. Pour tracer la ligne de démarcation entre les biens présents et les biens à venir, pour savoir quels biens tombent dans la société et quels biens en sont exclus, il y a plusieurs choses à considérer : d'abord la possession, ensuite le titre.

272. La possession est ici, comme toujours, de grande importance : c'est pourquoi un immeuble, légalement possédé par l'un des associés avant la société, est présumé bien présent jusqu'à ce qu'une preuve contraire ait fait disparaître cette preuve légale (2).

273. Le titre a aussi sa très-grande et très-légitime influence ; et s'il est antérieur à la société, il suffit pour que la société soit propriétaire de la chose qu'il attribue à l'un des associés (3).

Par exemple :

Avant notre société, j'ai acheté un immeuble sous une condition suspensive qui ne vient à se réaliser que depuis ; je n'acquiers par conséquent la possession réelle de cet immeuble que postérieurement à cette même société. Cet immeuble me sera-t-il propre ? Ou bien entrera-t-il dans la société ? La réponse est qu'il sera social. D'une part, le titre est antérieur à la société ; de l'autre, l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif (4) (art. 1179 du code civil).

De même, avant notre société, j'avais vendu un immeuble à Pierre ; mais ayant été lésé de plus des sept douzièmes, j'obtiens la rescision de la vente, et l'immeuble rentre dans mes mains. Cet immeuble est social, car il est pour moi bien présent ; la rescision m'a remis au même et semblable état qu'avant la vente (5).

Enfin, si, dans un temps antérieur à notre société, j'avais vendu, sous faculté de rachat, un immeuble dont j'opère le retrait après la mise en action de la société, cet immeuble sera pour moi un bien présent qui entrera dans la société ; car le titre qui me le fait reprendre est antérieur à la société, et la résolution du droit de l'acheteur a lieu *ex causâ primævâ et antiquâ*, laquelle replace les parties dans l'état où elles étaient avant la vente (6).

Ces exemples suffiront pour montrer ce que l'on doit faire entrer dans la catégorie des biens présents.

273 2o (7).

273 3o (8).

273 4o (9).

---

(1) *Infrà*, no 273.

(2) Arg. de l'art. 1402 du code civil ; DURANTON, t. XIV, no 169, et t. XVII, nos 353 et 354. TOULLIER a été beaucoup trop loin dans son interprétation de cet article (t. XII, no 176). Consultez POTHIER, *Communauté*, nos 111, 157, 164.

(3) POTHIER, *Communauté*, no 167, et *Société*, no 47; *Infrà*, no 292.

Add. C'est ce qui fait dire à DALLOZ, ch. I, sect. II, § 1, no 4 : « Les créances actives appartenant aux associés, lors du contrat, deviennent communes *ipso jure*. Si l'une de ces créances avait pour objet un immeuble, il serait également commun, bien que l'associé du chef duquel il entre dans la société n'ait pris possession de cet immeuble que depuis que la société a commencé. »

(4) TOULLIER, t. XII, no 179 ; DURANTON, t. XIV, no 170, et t. XVII, nos 353, 354.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, no 94, où il rappelle l'opinion de TOULLIER : « Les immeubles, dit Toullier, acquis avant le mariage sous une condition suspensive qui ne s'accomplit que depuis le mariage, sont, sans difficulté, propres à l'époux acquéreur conditionnel, parce que le titre de l'époux est antérieur au mariage et que d'ailleurs l'accomplissement de la condition a un effet rétroactif.

« Les immeubles rentrés aux époux par une rescision quelconque fondée sur une cause légale sont, ajoute-t-il, exclus de la communauté, parce que toute rescision suppose qu'il existait un titre antérieur, ce qui est même prouvé par le contrat d'aliénation qu'on veut faire rescinder, et comme la rescision remet les parties au même état, où elles étaient avant le contrat rescindé, l'époux redevient possesseur au même titre qu'il l'était avant l'aliénation.

« Les associés et les époux sont placés dans une position absolument inverse, puisque les meubles et les immeubles acquis pendant la durée de la société, loin d'être communs, sont propres aux associés. Cependant les principes qui viennent d'être rappelés sont applicables, lorsqu'il s'agit de savoir si l'acquisition a été faite avant ou pendant la société. Ainsi l'immeuble acquis avant la société, sous une condition suspensive, qui s'accomplit pendant la société, doit être compris dans l'actif social, précisément parce qu'il serait exclu de la communauté, de même, l'immeuble aliéné par l'un des associés avant l'association et qui est recouvré au moyen de la résolution opérée pendant la société, est compris dans la société, précisément aussi parce qu'il serait propre à l'un des époux.

« Il suffit d'avoir établi ce rapprochement ; il montre comment la même règle s'applique à des situations diamétralement opposées, il indique, en quoi les solutions de certaines questions relatives à la composition de l'actif de la communauté entre époux, peuvent servir à résoudre les difficultés touchant la composition de l'actif d'une société. »

(5) TOULLIER, t. XII, no 190.

Add. Op. conf. de DURANTON, no 353 ; de DUVERGIER, no 94.

(6) Mon *Comm. de la Vente*, t. II, no 775 ; arg. de l'art. 1673 du code civil.

(7) **Add.** *Les biens même acquis à titre onéreux pendant la société sont exclus, à moins qu'ils ne soient achetés avec les revenus des biens présents.* — Telle est l'opinion de DUVERGIER, no 91 : « Les biens que les parties recevront par donation ou testament et leurs fruits en sont exclus. Il en est de même des biens qui seraient acquis à titre onéreux, à moins toutefois que les acquisitions ne soient faites au moyen des revenus des biens présents ; car alors elles seraient des profits tirés de ces biens. Mais la justification de l'origine des deniers sera toujours assez difficile ; il arrivera donc rarement qu'une société de biens présents embrasse des biens achetés pendant sa durée. »

DALLOZ estime que ces biens sont communs jusqu'à preuve contraire : « Comme la société de tous biens présents comprend tout ce que possédaient les associés lorsqu'elle a été formée, et tous les fruits des biens qui leur sont échus pendant sa durée, par succession, donation ou legs ; il est évident qu'elle doit également comprendre, même pour la propriété, toutes les acquisitions faites par l'un des associés, nonobstant toutes protestations contraires insérées au contrat d'achat, puisque ces acquisitions ne peuvent avoir été faites qu'avec les fonds de la société, à moins qu'elles ne l'aient été avec les deniers provenant d'une succession, donation ou legs, auquel cas seulement les biens acquis ne tomberaient dans la société que pour la jouissance. »

(8) **Add.** *Il en est de même des biens acquis à titre d'échange ou de remploi des mêmes biens.* — DUVERGIER, dit, no 92 : « Ceux qui seraient acquis à titre d'échange ou de remploi des biens présents, n'étant que la représentation de ceux-ci, devraient évidemment figurer dans l'actif de la société. »

(9) **Add.** *Lorsqu'il y a doute sur l'époque à laquelle un bien a été acquis, il est censé l'avoir été avant la société, et il fait partie de l'actif social.* — Cette présomption établie par DURANTON, no 354, l'est également par DUVERGIER, no 95 : « Il y a aussi plusieurs dispositions faites pour la communauté légale qui doivent certainement régir les sociétés universelles. De ce nombre est l'art. 1402 qui répute acquêt de communauté tout immeuble dont l'origine n'est pas connue. De même, entre associés, s'il y a doute sur l'époque et la nature d'une acquisition, la chose acquise devra être rangée dans l'actif de la société. Au

274. Après avoir montré en quoi consiste l'actif légal de la société universelle, voyons ce que la volonté des parties peut y faire entrer en sus des objets qu'elle comprend naturellement.

Le deuxième paragraphe de l'art. 1837 autorise la stipulation d'après laquelle les parties mettraient en commun tous leurs gains quelconques provenant de leurs biens restés propres, de leurs économies, ou de leur industrie particulière. Cet accord offre un mélange de la société de biens présents avec la société universelle de tous gains, dont nous parlerons dans notre commentaire de l'art. 1838. Il se règle par les principes particuliers à ces deux sociétés.

Ici se montre une nouvelle différence entre la communauté conjugale et notre société; car, dans la première, les fruits des propres et les acquêts font partie de plein droit de la communauté, tandis qu'il faut une convention expresse pour les faire entrer dans la société.

275. Mais quelle que soit la volonté des parties, elle viendrait se briser contre la disposition de notre article, si elle s'efforçait de faire entrer dans la société les biens à venir qui seraient arrivés aux associés par succession, donation ou legs. Ces biens doivent toujours rester propres; autrement, ce serait rétablir les sociétés universelles de tous biens présents et à venir, que le législateur moderne a vues d'un œil défavorable.

Ainsi donc toute convention de cette nature serait nulle; la loi n'admet que celle qui ferait entrer dans la société la simple jouissance de ces mêmes biens; elle réserve pour le contrat de mariage la faculté de former une de ces sociétés universelles dans lesquelles entrent les biens présents et les biens à venir (1).

275 2° (2).

276. A cette occasion, les auteurs modernes se demandent si la convention de société pour tous biens présents et à venir est entachée d'une nullité tellement radicale, que l'acte tout entier soit vicié dans son essence et qu'il n'en doive rien subsister; ou bien si la nullité ne fait tomber que la convention des biens à venir, laissant subsister la société de biens présents, d'après la règle *Utile non vitiatur per inutile*. Là-dessus, Duranton veut qu'on scinde la convention (3). Au contraire, Duvergier le reprend de n'avoir pas aperçu que la convention doit être annulée tout entière (4).

Cette dernière opinion est la seule légitime (5). Une société contient un enchaînement de conventions et d'accords, que les parties ont combinés ensemble dans le but d'établir entre eux une loi d'égalité de gains et de pertes. Tel qui avait une somme de biens présents supérieure aux biens actuels de son associé ne s'est déterminé peut-être à les mettre en société que parce qu'il a compté sur les biens à venir de ce dernier pour rétablir l'équilibre. Si vous laissez sub-

---

premier coup d'œil, cependant, on serait tenté d'adopter l'opinion contraire; car, déclarer un immeuble acquêt de communauté, c'est présumer que l'acquisition a eu lieu pendant le mariage; et cette présomption appliquée à la société conduirait à considérer l'immeuble comme propre à l'un des associés, puisque les biens présents de chacun au jour du contrat, sont seuls compris dans la société. Mais, c'est accidentellement que, dans l'espèce prévue par l'art. 1402, l'acquisition est supposée avoir eu lieu postérieurement au mariage; la disposition de cet article est fondée sur des raisons qui doivent, au contraire, en matière de société, faire réputer l'acquisition antérieure au contrat. « Quand deux personnes vivent en commun, dit Toullier, si l'une « d'elles prétend s'approprier exclusivement un des effets qui se « trouvent parmi les biens communs, elle doit prouver qu'il n'est » pas entré dans la société, suivant le principe général, que la « preuve incombe au demandeur : faute de preuve, l'effet doit « rester commun. » Ainsi, l'art. 1402 n'a point songé à assigner une date à l'acquisition, et il n'avait aucune raison pour la placer plutôt après qu'avant le mariage; il a considéré que la communauté possédait l'immeuble, et il a imposé, suivant le droit commun, à l'époux qui se prétend propriétaire exclusif, l'obligation de justifier sa prétention. L'associé qui est dans une position semblable doit subir la même règle. »

MAZERAT sur DEMANTE, n° 513, n'admet cette présomption que lorsque la société comprend toute espèce de gains : « Alors, dit-il, tous les biens des associés sont réputés communs, s'il n'est pas prouvé qu'ils leur sont échus par succession, donation ou legs. En effet celui qui réclame quelque chose doit prouver son droit sur cette chose : *actori incumbit onus probandi*. Ce principe général est appliqué à la communauté entre époux; nous devons l'invoquer également ici. La société possède, elle est par conséquent présumée propriétaire jusqu'à preuve contraire.

« Si la société ne comprend pas tous les gains, mais seulement les profits des biens présents, alors pour juger si les biens sont ou non acquis des profits communs, et par conséquent s'ils sont communs ou propres à chacun des associés, on examine, en général, quel est le titre de l'acquisition ou de la possession de la société, c'est-à-dire, si c'est au nom de la société ou de l'associé que l'on a acquis ou que l'on possède. »

(1) Texte de l'art. 1837.

(2) **Add.** *Si les époux peuvent par contrat de mariage former une communauté universelle comprenant leurs biens présents et leurs biens à venir, ils ne peuvent pendant le mariage établir entre eux aucune communauté universelle.* — Après avoir fait remarquer que dans l'art. 1837 on n'a pensé qu'à maintenir le droit introduit par l'art. 1526 du code civil, DUVERGIER ajoute, n° 102 : « Il y a plus : les époux ne peuvent, durant le mariage, former aucune espèce de société universelle, car elle modifierait leurs conventions matrimoniales qui doivent, on le sait, rester immuables.

« En effet, si les époux sont placés sous le régime de la communauté légale, les biens immeubles qui leur appartenaient au jour du mariage leur restent propres; par une société de biens présents, ils deviendraient la propriété commune.

« Dans toutes les autres positions où peuvent se trouver les époux, soit qu'ils aient stipulé la non-communauté ou la séparation de biens, soit qu'ils aient adopté le régime dotal, la perturbation produite par une association serait encore plus grave. Tous les biens de la femme, tant meubles qu'immeubles, qui sont sa propriété propre et exclusive, seraient confondus avec ceux du mari. La femme participerait, il est vrai, aux bénéfices que produiraient ceux-ci; mais elle resterait exposée aux pertes qu'ils éprouveraient. Dans ces différentes hypothèses, l'état ne serait plus celui qu'avait fixé le contrat de mariage; la loi qui devait régir l'union, pendant toute sa durée, serait changée; les combinaisons dictées par la prudence des deux familles réunies seraient modifiées par le changement de volonté des époux. D'ailleurs, avec cette doctrine, on éluderait bien facilement les textes qui déclarent que les donations faites pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, seront toujours révocables; et les dispositions qui défendent les aliénations entre époux. Rien n'est plus aisé que de déguiser, sous la forme de société, une donation irrévocable ou une vente.

« Duranton s'est donc trompé, lorsqu'il a dit que rien n'empêcherait des époux, séparés de biens par le contrat de mariage, d'établir entre eux une société, même universelle; *car ils n'altéreraient en rien par là leurs conventions matrimoniales*. Je ne comprends pas, je l'avoue, cette opinion. Il me semble qu'il n'y a pas de moyen plus absolu, plus radical, d'altérer les conventions matrimoniales établissant la séparation de biens, que de mettre les biens en société. »

Même opinion dans LECLERCQ, t. VI, p. 110.

(3) T. XVII, n° 350.

(4) N° 123.

(5) Voy. *infrà*, n° 572.

sister le pacte relatif aux biens présents en lui ôtant le correctif qu'il tirait du pacte sur les biens à venir, vous rompez l'harmonie du contrat ; vous faites autre chose que ce que les parties ont voulu faire. La loi ne saurait être aveugle à ce point : dans sa pensée, le pacte vicieux entraîne la ruine de l'entière convention dont il est l'une des bases. L'art. 1172 du code civil contient à ce sujet la règle vraie et logique à laquelle il faut se rattacher.

Que signifie ensuite l'invocation de cette autre règle : *Utile non vitiatur per inutile?* Comment! vous appelez inutile une clause sans laquelle le contrat n'aurait pas eu lieu? Dites qu'elle est contraire aux lois : rien de plus vrai. Dites aussi qu'elle doit rester frappée de nullité : rien de plus juste. Mais inutile! est-ce le nom qui lui appartient dans cette circonstance (1)?

Duranton croit néanmoins que l'art. 1837 se prête par son texte à la division dont il se porte le défenseur (2). Je réponds que cet article n'a fait que se

---

(1) Je sais bien que quelquefois le mot *Inutile* a un sens très-large, par exemple dans la loi 1, § 4, D. *Depositi*; mais, ici, quand il s'agit de rompre l'enchaînement des idées que les parties ont exprimées, le sens propre doit prévaloir. Voy. **Brisson**, v° *Inutile*.

(2) **Add.** Voici l'opinion de **Duranton** : « Il n'y aurait de nulle selon nous, que la clause prohibée; on appliquerait la règle *utile per inutile non vitiatur*. Vainement celui qui prétendrait que la société est nulle dans son ensemble, dirait que c'est en considération des brillantes espérances qu'avait le coassocié, qu'il a contracté avec lui; qu'il avait plus de biens présents que lui, etc. : on lui répondrait qu'il devait savoir que la loi prohibait la stipulation qui tendait à faire entrer dans la société la propriété des biens qui aviendraient par succession, donation ou legs. L'art. 1837, en effet, fait clairement voir qu'il n'y a que la clause qui soit nulle, et non la société elle-même : *Toute stipulation*, dit-il, *tendante à y faire entrer la propriété de ces biens est prohibée*. Ainsi c'est la stipulation ayant cela pour objet qui est nulle, et cet article n'ajoute pas qu'elle rend nulle la convention de société, comme l'art. 1172 dit que toute condition d'une chose contraire aux lois est nulle et rend nulle la convention qui en dépend; mais c'est parce que la clause dont il s'agit n'est pas une véritable condition, le cas d'un événement futur et incertain qui domine l'acte dans tous ses effets; c'est simplement une stipulation prohibée ou inutile, jointe à des conventions valables en elles-mêmes. »

Duvergier réfute l'opinion de **Duranton** : « Il est vrai que chaque associé est censé avoir connu la prohibition, et qu'il devrait s'imputer à lui-même le dommage qu'il éprouverait, si, scindant la convention, on laissait subsister la partie qui est conforme à la loi, et si l'on annulait celle qui est contraire à ses dispositions. Mais cette réflexion ne justifie pas une mesure très-sévère en elle-même, et qui d'ailleurs a l'inconvénient de traiter d'une manière différente deux contractants qui sont également coupables, puisqu'elle peut être, pour l'un, la cause d'une perte considérable, et, pour l'autre, l'occasion d'un grand bénéfice.

« N'est-il pas de principe que la condition résolutoire est sous-entendue, dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement? Si donc, l'un des associés refuse d'exécuter la stipulation relative aux biens à venir, l'autre ne doit pas être tenu d'exécuter la convention pour les biens présents.

« Sans doute, cette règle et l'art. 1184 qui l'énonce ont eu vue le cas où les engagements réciproques des contractants sont également licites et valables; et ici, je le sais, l'une des clauses du contrat est frappée de prohibition; en sorte que celui des associés qui refuse de l'exécuter, en violant sa promesse, obéit à la loi. D'un autre côté, on peut se demander s'il est bien sûr que, dans l'intention des contractants, les deux sociétés soient intimement liées et subordonnées l'une à l'autre. Enfin, l'art. 1837 semble n'avoir voulu atteindre que la clause relative aux biens à venir, en s'exprimant ainsi : « Toute stipulation tendante à faire « entrer ces biens dans la société est prohibée. »

« Cette dernière objection, puisée dans le texte de la loi et à laquelle Duranton paraît attacher une certaine importance, se réfute sans peine. L'art. 1837 ne prohibe que la stipulation relative aux biens à venir, cela est hors de doute; la société des biens présents est permise, nul ne le conteste. Mais la nullité, effet de la prohibition, s'arrête-t-elle à la clause défendue, ou bien s'étend-elle à la stipulation licite? Voilà la question. Évidemment le texte ne le résout pas.

« Dans le silence des contractants sur la force du lien qui unit les différentes parties d'une convention, la présomption est qu'ils ont voulu qu'elles fussent étroitement enchaînées, et que l'une ne subsistât point si l'autre était anéantie, surtout lorsqu'elles ont une importance égale. C'est précisément le principe que consacre l'art. 1814.

« Tout se réduit donc à savoir si ce principe doit être écarté, lorsque l'engagement qui reste sans exécution est frappé d'une prohibition expresse. La difficulté présentée en ces termes n'est plus circonscrite dans les limites où elle a pris naissance; il faut se demander si, en thèse générale, le contact d'une stipulation que la loi défend vicie les stipulations valables auxquelles elle est jointe.

« La solution me semble écrite dans l'art. 1172. Il y est dit que toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi, est nulle et rend nulle la convention qui en dépend.

« A la vérité, le mot *condition* désigne ordinairement un événement futur et incertain; mais on sait que souvent il est pris dans un sens différent par les jurisconsultes et par le législateur lui-même; que dans beaucoup d'occasions il est synonyme de clause, de stipulation. « Dans l'acception la plus étendue du « mot, dit Toullier, les conditions sont toutes les *clauses* des « actes qui ont pour objet de suspendre l'obligation principale, « de la résoudre, ou de la modifier. » Et plus loin : « Il arrive « fréquemment que les conventions ne sont point bornées aux « points principaux qui font de part et d'autre l'objet ou la ma« tière du contrat. On y ajoute des pactes accessoires, ou des « clauses, pour imposer à l'une des parties, ou à toutes les deux, « certaines obligations, certaines charges qui modifient le con« trat, qui en altèrent ou qui même en changent quelquefois la « nature. Tous ces pactes accessoires sont vulgairement, et dans « le sens le plus étendu du mot, appelés les conditions du con« trat... On trouve même dans le droit romain et dans le code « des textes qui qualifient de conditions, ces pactes accessoires « ajoutés pour modifier le contrat. »

« En admettant que la disposition de l'art. 1172 ait spécialement en vue les conditions proprement dites (celles qui consistent en un événement futur et incertain), du moins il faut convenir que rien n'est plus raisonnable que de l'étendre aux conditions entendues *lato sensu*, c'est-à-dire aux pactes accessoires qui sont ajoutés aux contrats, puisque les unes et les autres ont le même but et produisent le même effet, la modification de la convention principale.

« Les promesses conditionnelles, dit Puffendorf, et les conven« tions conviennent en ce que, comme les promesses conditionnelles « n'obligent point le promettant tant que la condition manque, de « même, les conventions n'obligent point un contractant lorsque « l'autre n'a pas effectué tous les articles dont ils étaient convenus. « C'est le fondement de la maxime commune qui porte que chaque « article de la convention est inséparablement attaché à toutes les « autres *en forme de condition* : d'où dépend la nécessité de tenir « l'accord entier... Les promesses faites sous une condition arbi« traire ont encore ceci de commun avec les conventions que, dans « les unes et dans les autres, on doit exécuter quelque chose, si « l'on veut exiger ce à quoi l'autre partie s'est engagée. Mais elles « diffèrent en ce que, dans cette promesse, faite sous une condition « arbitraire, le promettant semble n'avoir aucun intérêt que la « condition s'accomplisse ou non; du moins il ne veut pas con« traindre l'autre à la remplir, et il laisse cela à sa volonté. Au lieu « que, dans les conventions, on ne s'engage à une certaine chose

prononcer sur la défense de faire entrer dans la société les biens provenant de succession, legs et donation; mais qu'il est entièrement muet sur l'effet de la nullité que la contravention entraîne après elle; qu'il se tait sur la manière dont cette nullité opère, et sur les conséquences plus ou moins larges auxquelles elle conduit. La loi a bien été maîtresse de faire tomber une société qui la blesse; mais elle outre-passerait ses pouvoirs en faisant subir aux parties une convention mutilée, une convention qui n'est plus la leur.

277. Maintenant que l'actif des sociétés universelles de biens présents est connu, il faut s'occuper de leur passif.

En premier lieu, elles sont grevées de plein droit des dettes que chaque associé avait contractées avant la société : *Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*. Comme le dit très-bien Pothier : « Ces dettes « sont une charge *présente* des biens *présents* (1). »

278. Lorsque la société est entrée en exercice, il peut lui être nécessaire de contracter des dettes pour son plus grand avantage. Il va sans dire que ces dettes sont une de ses charges spéciales (2).

279. Mais si des dettes sont contractées durant la société sans indication de leur origine, sans preuve de l'emploi des deniers, elles sont particulières à celui qui les a faites. La société n'est tenue des dettes que suivant les règles ordinaires (3).

280. La société ne doit pas non plus être grevée des arrérages et intérêts des dettes relatives aux biens à venir (4). Le contraire n'est enseigné par Delvincourt (5) et Duranton (6) que parce que ces auteurs ont cru, à tort, que la société universelle de biens présents comprend, de droit, la jouissance des biens à venir (7).

« qu'en vue de ce que l'autre contractant doit faire de son côté; « ainsi, dès qu'il manque à sa parole, non-seulement on n'est point « tenu de ne rien exécuter en sa faveur, mais on peut encore le « contraindre à effectuer ce dont on est convenu. »

« D'après cela, et ce sont les véritables principes, puisque la condition prohibée emporte nullité de la convention à laquelle elle est jointe, il doit en être de même à *fortiori* de la stipulation prohibée; car la stipulation est plus intimement liée que la condition à l'obligation principale; et il est, par conséquent, moins possible de séparer leur destinée, d'annuler l'une et de maintenir l'autre.

« En un mot, et revenant à la question spéciale, les parties ont voulu mettre leurs biens présents en société, avec la stipulation que les biens futurs y entreraient aussi; cette dernière partie de leur convention ne peut pas s'exécuter : elle entraîne la ruine de la première, qu'elle modifiait, dont elle était la condition. »

(1) *Société*, no 37.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, no 96; de DURANTON, no 356, où il ajoute : « Il va sans dire qu'elle est tenue aussi de toutes les charges de ces mêmes biens tant qu'ils demeureront communs, tels que les arrérages de rentes, les réparations de toutes sortes, les frais des procès auxquels pourront donner lieu lesdits biens; car c'est sa chose.

(2) **Add.** Op. conf. de DURANTON (voy. la note ci-dessus); de DUVERGIER, no 96.

(3) DUVERGIER, no 98, a très-bien montré le vide d'une controverse élevée à ce sujet entre DELVINCOURT et DURANTON. Je crois inutile de m'en occuper.

Add. Voici cette discussion de DUVERGIER : « Les mêmes auteurs sont en dissentiment sur la question de savoir à la charge de qui doivent être mises les dettes contractées pendant la durée de la société, sans indication et justification de leur origine et de l'emploi des deniers.

« Delvincourt avait d'abord pensé qu'il convenait de faire supporter de semblables dettes, par contribution, à la société et à l'associé qui les avait contractées; mais il a abandonné ensuite cette opinion, parce qu'elle fournirait aux associés un moyen d'éluder la loi qui défend de faire entrer les biens à venir dans la société. « Un associé, dit-il, ferait de gros emprunts dont le « produit entier tomberait dans la masse, et qui serait pour une « partie à la charge de ses biens particuliers; je crois donc « qu'il serait plus convenable d'appliquer à ces sortes de dettes « l'art. 1419, et de décider, en conséquence, qu'elles sont à la « charge de la société, sauf récompense pour les sommes qui « seront prouvées avoir été employées pour les besoins ou l'amélioration des biens particuliers de l'associé. »

« Duranton exprime un avis différent; il pense que mettre les dettes à la charge de la société, c'est donner à un associé le pouvoir de la grever par de folles dépenses, sans qu'il y ait moyen pour les autres associés de s'y opposer. « C'est à quoi, « ajoute-t-il, Delvincourt n'a pas songé. Ce danger serait plus à « craindre que celui qu'il a signalé, et en même temps beaucoup « plus grave et plus réel. »

« Il me semble que ces deux savants jurisconsultes se sont préoccupés d'une difficulté qui, en théorie, peut paraître ardue, et qui, dans la pratique, ne présente point d'intérêt. Si c'est entre associés que s'agite la question, évidemment celui qui aura contracté la dette ne sera point admis à la mettre à la charge de la société, sans établir que la société a profité des sommes qu'il a empruntées, sans présenter un compte de l'administration qui lui aura été confiée, accompagné de pièces justificatives. On ne concevrait pas qu'un associé pût venir dire à ses associés : J'ai emprunté une somme d'argent; la société doit la payer, sans que j'aie à rendre compte de l'emploi que j'en ai fait.

« Si c'est un tiers qui prétend que la société est engagée envers lui, à raison de l'obligation qu'a prise l'un de ses membres, il faudra examiner si celui-ci avait ou non capacité, à l'effet de contracter des dettes obligatoires pour ses coassociés. Dans la première hypothèse, le créancier n'aura pas à s'enquérir de l'emploi qu'auront reçu les fonds. Son titre lui suffira pour exiger son payement de la société, sauf aux associés à s'entendre entre eux sur la manière dont devra être répartie la somme payée. Dans le second cas, le créancier ne pourra agir contre la société qu'en prouvant qu'elle a profité des fonds qu'il a prêtés, et en exerçant contre elle l'action *de in rem verso*. Alors, on le voit, la société ne sera obligée que parce qu'il sera prouvé que la dette la concerne véritablement.

« Ainsi, ni la solution de Delvincourt ni celle de Duranton ne doivent être adoptées sans restriction; elles ont quelque chose de trop absolu. Il pourra même quelquefois arriver que l'une et l'autre soient vraies, relativement à la même dette; selon qu'il s'agira de régler les droits d'un tiers envers la société, ou de déterminer ceux des associés entre eux. Rien n'empêche que le tiers ne soit déclaré créancier de la société, parce que l'associé pouvait obliger ses coassociés, et que, cependant, faute de rapporter la preuve que la somme a été employée aux besoins communs, la dette ne soit mise à la charge de l'associé, dans la liquidation. »

DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. II, art. 1er, no 8, se borne à rappeler l'opinion de DELVINCOURT. DEMANTE dit, no 540, que la société en sera tenue suivant qu'elles seront ou non relatives aux biens qui lui appartiennent et aux profits qui tombent dans son actif. MAZERAT ajoute qu'il n'y a plus présomption que la dette est contractée pour la société.

(4) DUVERGIER, no 97.

(5) T. III, notes, p. 220.

(6) T. XVII, no 356.

(7) *Suprà*, no 269.

Add. BOILEUX dit ici : « Toutefois si la jouissance de ces biens entrait dans la masse commune, l'art. 612 deviendrait applicable. »

On lit dans FAVARD : « Les dettes dont ces biens (à venir) peuvent être grevés lorsqu'ils adviennent aux associés, ne doivent être à la charge de la société qu'en raison de la jouissance qu'elle a de ces biens, c'est-à-dire pour les intérêts ou arrérages qui en courent pendant la durée de la société, et que les capitaux restent à la charge de l'associé devenu propriétaire des

281. Mais la société doit-elle prendre à son compte la dépense personnelle des associés, et celle que rend nécessaire l'entretien des enfants? Il est très-probable que si deux personnes faisaient aujourd'hui une société de tous biens présents, elles régleraient ce point capital par une convention expresse. Au moment où elles se dépouilleraient de tous leurs biens présents pour en doter leur société, elles sentiraient sans doute la nécessité de manifester leur volonté sur une question si intéressante pour leur avenir.

Mais nous supposons que la convention est muette, et nous demandons à la raison ce qu'il faut décider dans l'absence d'un texte de droit et d'une clause spéciale.

Sous l'ancien droit, dans les sociétés tacites de meubles et acquêts, les frais de nourriture des associés et de leurs enfants étaient une dépense de la société. Dans ces sociétés rustiques, qui commençaient très-souvent avec quelques bestiaux seulement, on tenait pour constant que le ménage et les enfants étaient nourris par la communauté; on était d'autant plus porté à ce résultat que, eu égard à la très-faible fortune des associés, ces sociétés étaient, à vrai dire, des sociétés universelles, les associés n'ayant pas d'autres biens (1).

Cette règle des sociétés tacites de meubles et acquêts doit-elle être transportée dans nos sociétés conventionnelles de tous biens présents?

Au premier coup d'œil, une raison d'analogie paraît conduire à l'affirmative. On est enclin à penser que les sociétés du code civil ne doivent pas plus échapper, que les anciennes sociétés tacites, à une obligation corrélative, en quelque sorte, du droit que la société acquiert sur tous les biens présents des associés.

Néanmoins, gardons-nous de ces apparences, elles pourraient nous entraîner dans de fâcheuses erreurs.

Les anciennes sociétés tacites avaient lieu ordinairement entre cultivateurs, dont tout le patrimoine entrait (de fait, sinon de droit) dans la communauté. Leurs espérances dans des successions à échoir, dans des propres à venir, étaient souvent à peu près nulles; leurs ressources consistaient dans leur industrie, et cette industrie, ils devaient la consacrer tout entière, avec ses produits, à leur société. Il y avait donc deux raisons capitales pour lesquelles les dépenses du ménage et d'éducation étaient considérées comme frais de la société : raison tirée de la conformité presque entière de ces sociétés avec les sociétés universelles; raison tirée de ce que les profits à venir, dont la charge habituelle est de subvenir aux besoins du ménage, étaient la chose de la communauté.

Il n'en est pas de même dans les sociétés universelles du code civil; les associés peuvent avoir une industrie particulière, l'exercer en dehors de la société, faire des gains dont chacun, en droit soi, retire l'avantage. De plus, on ne peut pas dire qu'une présomption tirée de la qualité des personnes, donne à nos sociétés universelles de biens présents la physionomie et les effets de véritables sociétés englobant tout l'avoir des parties. Elles ne sont pas particulières à telle classe de citoyens plutôt qu'à telle autre. Il est possible que chaque associé ait compté, pour l'entretien de son ménage, sur des ressources personnelles, sur des espérances prêtes à se réaliser, sur une industrie lucrative.

Enfin, le silence des parties, dans une matière que la loi nouvelle fait dépendre de leur volonté expresse, a quelque chose de très-grave. Ce silence n'est-il pas un indice que les associés ont entendu prendre leur dépense personnelle sur leur part annuelle de gains, ou sur les profits particuliers de leur industrie? Car, si elles avaient voulu mettre cette dépense au rang des dettes de la société, pourquoi ne pas s'en expliquer? pourquoi ne pas fixer la somme nécessaire à leurs dépenses? pourquoi ne pas prévenir, par un accord, les difficultés sans nombre d'une appréciation de nature à varier beaucoup, suivant des exigences individuelles fort inégales? Au contraire, en laissant ce point intact, elles ont hautement manifesté qu'elles voulaient s'arranger librement et à leur guise dans leur part respective des bénéfices, ou dans leurs ressources personnelles! En un mot, ne pas résoudre expressément ces questions de quotité de dépenses personnelles, si fécondes en débats fâcheux, c'est montrer qu'on n'a pas voulu les faire naître (2).

---

biens qui en sont grevés; sauf cette modification, toutes les charges de la société *universorum bonorum* nous paraissent devoir être supportées par la société de tous biens, admise par le code civil. »

(1) LEBRUN, *Des sociétés tacites*, ch. IV, n° 17; *infrà*, n° 297.

(2) DUVERGIER, n° 100, est du même avis par des raisons qui ne sont pas les mêmes. Il faut lire avec précaution DURANTON, t. XVII, n° 357, parce qu'il fait entrer à tort dans la société les fruits des biens à venir.

Add. Voici les raisons invoquées par DUVERGIER, n° 100 : « Je ne pense pas même qu'il faille considérer comme dépenses sociales, celles que fait chaque associé pour ses besoins personnels et ceux de ses enfants (a). Cela se concevait dans la société *universorum bonorum*, qui non-seulement révélait l'intention de percevoir les bénéfices produits par des choses communes, mais qui manifestait aussi la pensée de confondre, jusqu'à un certain point, les existences des associés, et qui constituait en quelque sorte une famille nouvelle. Réduite aux biens présents, la société universelle perd ce caractère; ses effets doivent donc être réglés par les principes ordinaires, selon lesquels le passif de la société se compose seulement des charges relatives aux biens qui constituent son actif. A quel titre et pourquoi l'associé dont la famille est nombreuse prélèverait-il une somme considérable, tandis que les autres associés satisferaient à leurs besoins à peu de frais? Sur quelle règle de justice ou d'équité se fonderait une pareille combinaison? La famille de l'un des associés ne peut avoir aucune influence sur la prospérité de la société, sur l'accroissement de son actif; il n'est donc pas raisonnable qu'elle soit une cause d'augmentation de ses charges. En outre, quelle difficulté ne trouverait-on pas pour contrôler les dépenses! à quels débats ne donnerait pas lieu l'examen de leur quotité! Les effets des contrats, même de ceux qui supposent entre les parties qui les forment des liens d'affection et d'estime réciproques, ne doivent pas se régler uniquement par les inspirations du cœur. Les principes du droit ne sauraient perdre leur autorité, même alors qu'il faut prononcer sur le sort des conventions, où les sentiments affectueux ont trouvé place à côté des calculs et des vues d'intérêt. Si, d'ailleurs, des biens aviennent à l'un des associés, leurs revenus qui, à mon avis, n'entrent pas dans la société, seront-ils donc capitalisés par lui, tandis que la société fournira à tous ses besoins? Si, sa fortune s'accroissant, il veut augmenter ses dépenses, il n'en aura donc pas le droit, ou il ne pourra le faire qu'aux dépens de la société? Faudra-t-il, au contraire, prendre d'abord sur le bien propre de l'associé, sauf à compléter ce qui lui est nécessaire sur le fonds social? Ou, enfin, établira-t-on une sorte de contribution entre l'un et l'autre? Quelque parti qu'on prenne, les embarras et les inconvénients se présentent en foule, tandis que rien n'est plus simple, plus conforme aux notions du droit et aux règles de l'équité, que d'exclure du passif de la société les dépenses personnelles des associés. Pour y subvenir, chacun fera des prélèvements

(a) Je raisonne ici dans la supposition qu'un homme ayant des enfants peut former une société universelle. Cela est au moins douteux.

S'il arrivait que l'un des associés éprouvât une gêne imprévue; ou si par maladie, accident, ou par toute autre cause, l'industrie sur laquelle il avait compté venait à lui manquer, je pense que la société devrait venir à son secours, sauf à imputer ces avances sur la part que le partage lui attribuerait; mais il ne faudrait pas que cet événement allât jusqu'à changer les conditions originaires du contrat : le droit n'admet pas ces novations involontaires.

282. Autrefois on agitait la question de savoir si la société universelle devait doter les filles, et l'affirmative était certaine pour les sociétés de tous biens présents et à venir (1); mais il n'en était pas de même pour les simples sociétés de meubles et acquêts (2), comme étaient les sociétés tacites (3); dans toutes les sociétés qui n'étaient pas vraiment universelles (4), le père devait doter *de suo* (5).

Cette règle est encore plus vraie et plus évidente pour nos sociétés universelles de biens présents (6).

283. Quant aux autres engagements des associés entre eux et à leurs obligations à l'égard des tiers, les articles 1843 et suivants du code civil sont la règle qui domine les sociétés universelles de biens présents comme les sociétés particulières. Nous y renvoyons. On trouvera aussi aux articles 1869 et suivants ce qui a trait à la dissolution de la société universelle de biens présents, et au partage.

283 2° (7).

283 3° (8).

283 4° (9). **283 5°** (10).

Art. 1838. La société universelle de gains renferme tout ce que les parties pourront acquérir par leur industrie, à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société. Les meubles que chacun des associés possède au temps du contrat, y sont aussi compris. Mais leurs immeubles personnels n'y entrent que pour la jouissance seulement.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 921. *La société universelle ne comprend que les profits que les associés peuvent faire par leur travail et leur industrie.*

Elle ne s'étend point aux biens qui peuvent leur échoir par donations ou successions.

PROJET DE LA COMMISSION DE GOUVERNEMENT. — Art. 9. *La société universelle de gains est celle qui comprend tout ce que les parties gagneront et acquerront pendant la durée de la société, soit par leur industrie personnelle, soit par la jouissance de leurs biens présents.*

---

qui seront imputés sur sa part dans les bénéfices, ou dans le fonds même. Celui qui aura des biens personnels, dont la famille sera moins nombreuse, ou qui aura été plus économe, trouvera dans la liquidation plus que les autres; et l'on arrivera ainsi à un résultat équitable, sans avoir eu à faire de calculs difficiles et de subtiles distinctions. »

DURANTON émet la même opinion que TROPLONG et DUVERGIER; mais il ajoute, n° 357 : « Si les gains particuliers de l'associé ne suffisent pas, le déficit doit être supporté par la société, encore que l'associé, et non les autres, eût recueilli des biens par succession, donation ou legs, et que les autres associés fissent de leur côté des gains suffisants pour subvenir à leurs dépenses personnelles. Le fonds des biens particuliers recueillis par chaque associé durant la société, doit lui demeurer intact, et les dépenses de nourriture et d'entretien des associés, ainsi que celles de leurs enfants, et les frais d'éducation de ces derniers, sont une charge de la généralité des gains de la société ou de chaque associé, en observant la distinction ci-dessus; le tout sauf clause contraire dans l'acte de société. »

(1) LEBRUN, *Des sociétés tacites*, ch. IV, n° 16; PAPINIEN, l. 81, D. *Pro socio*; HENRYS, t. I, p. 370.

(2) *Ibid.*

(3) *Suprà*, n° 160; LEBRUN, *loc. cit.*, ch. III, n° 12; Troyes, art. 101; Sens, art. 279; Nivernais, chap. XXII, art. 3; Berry, tit. VIII, art. 10; Bourbonnais, art. 267.

(4) ALEX., cons. 154, vol. II. Voy. DUMOULIN sur ce conseil.

(5) *Junge* POTHIER, v° *Société*, n° 99.

(6) Op. conf. de DUVERGIER, n° 99; de DURANTON, t. XVII, n° 357.

Add. DURANTON ajoute : « Dalloz, dans son *Recueil*, v° *Société*, dit le contraire, en suivant les anciens principes, mais c'est qu'il a perdu de vue en cette circonstance, que nous n'avons plus l'ancienne société *universorum bonorum*. »

(7) **Add.** *Un tuteur pourrait-il, en cette qualité, contracter une société universelle?* — O. LECLERCQ répond, t. VI, p. 220 : « Si le mineur possédait des biens immeubles, il ne pourrait certainement contracter une société universelle de biens, parce que ce contrat en emporte l'aliénation, et le tuteur n'a pas ce pouvoir. Si la fortune du mineur ne consistait qu'en meubles, je crois qu'il pourrait contracter une société universelle, mais sous sa responsabilité personnelle; et si, dans le compte qu'il est obligé de rendre, on trouve que cette société n'était pas avantageuse au mineur, qu'elle ne lui a pas produit d'utilité, il sera tenu des dommages qu'il aura causés. On pourra mettre ces pertes au rang des dépenses, dont l'objet n'était pas utile au mineur; on ne les lui allouera point en compte. Le tuteur pourra encore, sous la même responsabilité, contracter une société universelle de gains. »

(8) **Add.** *La femme, avec l'autorisation par écrit de son mari ou son concours dans l'acte d'association, pourra-t-elle contracter une société universelle de biens avec des tiers?* — O. LECLERCQ, t. VI, p. 221, répond : « Si elle est mariée sous le régime dotal, et qu'elle ait constitué un immeuble en dot, elle ne pourra contracter cette société, parce que le fonds dotal est inaliénable même avec le consentement du mari. Si cependant l'aliénation en avait été permise par le contrat de mariage, elle pourra contracter cette société; elle le pourrait de même, si elle s'était mariée sous le régime de la communauté. Ce contrat est permis, et l'obstacle que son mariage a apporté aux conventions qu'elle pourrait faire, est levé par l'autorisation de son mari. »

(9) **Add.** Quid *quant à l'administration de la société?* — O. LECLERCQ répond, t. VI, p. 222 : « Dans ce cas, s'il n'y a pas d'administrateur établi par l'acte de société, pourra-t-elle en administrer les biens, sans une autorisation nouvelle de son mari? Je le crois. Celui-ci, en consentant au contrat de société, est censé consentir à toutes les suites de ce contrat, parce qu'elles y sont naturellement comprises. »

(10) **Add.** *La femme pourra-t-elle être nommée administratrice de la société par un acte séparé?* — « Elle le pourra, répond O. LECLERCQ, t. VI, p. 222, mais les sociétaires n'auront d'action contre elle, que d'après les règles établies au titre V de ce livre, à moins qu'il n'y ait une autorisation nouvelle du mari. Cette nomination est un acte distinct du contrat de société; il faut donc une autorisation nouvelle, pour que la femme soit absolument obligée pour ces actes d'administration. »

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 7; leg. 12; arg. leg. 53 et 55. — POTHIER. *Société*, nos 40, 43, 44, 45.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1710. Conf. à l'art. 1838, C. F.
Sardaigne. — 1860. Id.
Haïti. — 1607. Id.
Hollande, — 1659. La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie à quelque titre que ce soit, pendant le cours de la société.
Bavière. — Voy. à l'art. 1835, C. F.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

284. La société universelle de gains était appelée par les Romains *universorum quæ ex quæstu veniunt* (1). Les affranchis du même maître la pratiquaient fréquemment (2). Elle ne comprenait aucun des biens meubles ou immeubles que possédaient les parties lorsqu'elles contractaient; mais elle attribuait à la société les profits que l'industrie ou un commerce quelconque procuraient aux associés.

285. Ce n'est pas tout à fait là-dessus que le code civil a calqué les dispositions relatives à la société universelle de gains. Il a donné la préférence aux coutumes françaises, qui, outre les gains, faisaient entrer dans les sociétés taisibles, si nombreuses dans la classe rustique, les meubles appartenant aux communistes au moment de leur réunion (3); mais il s'en est écarté, en ce que, d'après le droit coutumier, la société s'enrichissait de tous les biens meubles à venir, même des meubles échus par succession (4), tandis que, dans la société universelle de gains, réglée par le code civil, la société n'a droit que sur les meubles acquis depuis, par suite d'industrie et par un titre quelconque de commerce.

286. Le mot *gains* répond au mot *quæstus* des Romains, dont Paul donnait la définition suivante: *Quæstus intelligitur qui ex operâ cujusque descendit* (5). Comme le dit le président Favre, d'après Accurse (6): « Hoc verbum *operam* et *diligentiam* et « *solertiam significat.* » Le mot *quæstus* est au mot *lucrum* ce que le particulier est au général (7). Il ne signifie pas tout lucre quelconque, mais seulement le lucre acquis par un titre de commerce.

Il suit de là que la société universelle de gains, ne se composant (en sus des meubles) que des produits de l'industrie (8) des parties, reste étrangère aux acquisitions et profits qu'elles font en vertu d'un titre lucratif (9), par exemple, par donation, legs, succession, etc. (10). Car, pour me servir encore des ingénieuses expressions du président Favre (11): « Hæc « etiam *negligentibus et dormientibus, denique om-* « *ninò ignorantibus* acquiruntur, nulloque ipsorum « facto intercedente. » On ne pourrait en faire profiter la société qu'autant qu'une clause extensive ajouterait à la loi naturelle de la société (12).

287. Mais la société s'étend à ce qui est acquis par

---

(1) *Suprà*, no 259; ULPIEN, l. 7, D. *Pro socio.*

(2) PAUL, l. 71, § 1, D. *Pro socio.*

(3) *Suprà*, no 260; POTHIER, *Société*, no 44.

Add. DUVERGIER cite Orléans, art. 214; Berry, titre VIII, art. 10.

(4) Nivernais, ch. XXII, art. 3; LEBRUN, *Des sociétés tacites*, ch. III, nos 1 et 2.

(5) L. 8, D. *Pro socio.*

(6) *Rationalia* sur cette loi.

(7) *Ibid.*

(8) Texte de l'art. 1838.

(9) PAUL, l. 8, D. *Pro socio;* ULPIEN, l. 7 et 9, D. *Pro socio;* FELICIUS, cap. XIII, nos 1 et 2; DONEAU, lib. XIII, cap. XVI, no 9.

(10) FELICIUS et DONEAU, *loc. cit.;* POTHIER, no 45.

(11) Sur la loi 8, D. *Pro socio; suprà*, no 58, et *infrà*, no 300.

(12) **Add.** *Jurisprudence.*—Deux futurs époux qui s'associent dans leur contrat de mariage avec leurs père et mère, *dans l'état de commerce de boucher et autres affaires qu'ils pourront faire*, ne contractent pas une société universelle de tous gains, mais une société universelle de commerce.

En conséquence, un immeuble acquis par le fils seul, en son propre nom, ne tombe pas dans la masse des choses à partager entre les associés; il est la propriété exclusive du fils, à la charge de rapporter à la masse, pour être soumises au partage, les sommes qu'il a payées pour l'acquisition de l'immeuble (25 janvier 1832, Agen, Vignau. DALLOZ, XXXII, 2, 149).

achat, louage (1), par l'exercice d'une profession, d'un métier, d'un commerce (2), par un travail appliqué à quelque objet que ce soit, même à une chose qui ne ferait pas partie des mises sociales. C'est pourquoi Felicius (3) remarque, d'après Alexandre (4), que les gains retirés de la ferme d'un moulin, propre à l'un des associés, doivent être rapportés par lui à la masse commune (5).

287 2° (6).

287 3° (7).

287 4° (8).

288. Et de là résulte cette conséquence palpable, c'est que tous les gains produits par les immeubles restés propres appartiennent à la société; car ils procèdent, ou d'une location, ou d'un travail, et, dans l'une et l'autre hypothèse, la société les embrasse de plein droit (9).

289. Mais suit-il de là que l'associé propriétaire de ces biens ne peut les aliéner sans le consentement de ses associés, afin de ne pas priver la société d'un avantage qui lui est réservé?

Duranton fait une distinction entre les biens présents et les biens à venir. Les premiers sont tellement entrés dans la société pour la jouissance, qu'il ne peut être permis de les aliéner sans le concours de la société, qui a compté sur eux et ne peut en être frustrée. Mais les seconds ne sont pas dans la même condition; leurs produits n'entrent pas taxativement dans la société; l'associé n'est débiteur envers ses associés que des gains qu'il en retire. Il peut donc les aliéner sans en réserver la jouissance à la société (10).

Au contraire, Duvergier, repoussant toute distinction, veut que les biens à venir soient soumis à la même condition que les biens présents, et que ni les uns ni les autres ne puissent être aliénés sans l'assentiment de la société (11).

Aucune de ces opinions ne me paraît exacte. Duranton fait, pour les immeubles présents et pour les immeubles à venir, deux conditions différentes, que n'approuvent pas les art. 1837 et 1838 du code civil, soigneusement combinés. Duvergier donne à la société un droit trop absolu, trop restrictif du droit de propriété des associés. A mon avis, ce qu'il y a de plus certain en cette matière, c'est que les associés ne peuvent faire de leurs immeubles aucune disposition de nature à enlever à la société ses espérances légitimes; c'est que la société serait fondée à s'opposer à tout acte qui sortirait de la ligne du père de famille diligent. Mais elle tomberait elle-même dans l'excès, si elle empêchait l'aliénation que veut faire l'associé qui trouve une bonne occasion de vendre, si elle mettait obstacle à un échange, ou à des opérations avantageuses. Lorsque cet associé a mis son industrie en société, ce n'est pas assurément pour que la société en paralysât l'usage. La société, d'ailleurs, ne trouvera-t-elle pas un équivalent dans les gains que produiront les ventes, dans les intérêts de l'argent par lequel les immeubles auront été remplacés, dans le

---

(1) ULPIEN, l. 7, D. *Pro socio*.

(2) ULPIEN, l. 50, § 8, D. *Pro socio*, d'après PAPINIEN; FELICIUS, *loc. cit.*, nos 4 et 5.

(3) *Loc. cit.*, n° 8.

(4) Cons. 49, n° 10, lib. I.

(5) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, n° 107. DURANTON ajoute, n° 363 : « Du reste, la société universelle de gains comprenant même le mobilier présent des associés, doit comprendre naturellement aussi les fruits des biens, meubles ou immeubles, qui leur sont échus durant son cours, par succession, donation ou legs. Ces mots : *La société universelle de gains renferme tout ce que les parties acquerront par leur industrie, à quelque titre que ce soit*, indiquent clairement que, loin de vouloir diminuer sous ce rapport l'étendue de cette société, comparativement à la précédente, on a voulu, au contraire, l'augmenter, en y faisant entrer de plein droit toute espèce de profits; or, nous croyons avoir démontré que les fruits des biens futurs entrent dans la société de tous biens présents. »

(6) **Add.** Quid *des gains illicites?* — DALLOZ dit à ce sujet (ch. I, sect. II, § 2, n° 2) : « Si l'un des associés avait fait des gains illicites, *puta*, par voie de contrebande, il est sans difficulté que ses coassociés n'auraient point d'action pour l'obliger à les apporter à la société. Mais s'il les y avait apportés et mis dans la caisse commune, au su ou à l'insu de ses associés, il ne serait pas recevable à alléguer, pour les en retirer, sa propre turpitude.

« Lorsqu'à raison du fait d'où résultent ces bénéfices, il est intervenu quelque condamnation pécuniaire, la société doit la supporter en totalité, si les autres associés connaissent l'origine du gain; sinon, jusqu'à concurrence seulement de ce dont la société a profité (arg. des lois 53 et 55, D. *Pro socio*; Pothier, n° 36; Delvincourt, t. III, p. 221 des notes). »

Op. conf. de FAVARD, page 48; de DUVERGIER, n° 125; de DURANTON, n° 352.

(7) **Add.** Quid *du trésor trouvé par l'associé? Distinction.* — DALLOZ rappelle (ch. I, sect. II, § 2, n° 3) l'opinion de DELVINCOURT en ces termes : « Delvincourt conclut, de la disposition de l'art. 1838, que tous les biens que les associés acquièrent pendant la société, autrement qu'à titre gratuit, entrent dans cette société; mais cet auteur n'exclut point par là de la masse sociale la part qui appartiendrait à l'un des associés, comme inventeur dans le trésor qu'il viendrait à découvrir; car l'invention est considérée par Delvincourt comme une espèce d'industrie. Quant à la portion appartenant à l'associé, comme propriétaire dans le trésor trouvé sur son fonds par un tiers, il semble qu'elle ne doit point tomber dans la société, qui, suivant Pothier, ne comprend que ce que chacun des associés acquiert *par quelque titre de commerce et par l'exercice de sa profession.* »

(8) **Add.** *La société n'est point tenue des amendes ou réparations civiles prononcées contre l'un des associés. Cas exceptionnel.* — DUVERGIER, nos 126, 127, 128, dit ici : « Par la raison que la société ne profite pas des gains illicites, et notamment de ceux qui ont leur source dans les crimes et délits de l'un des associés, elle ne doit point supporter les amendes ou les réparations civiles auxquelles ces délits ou ces crimes peuvent donner lieu.

« Toutefois, si elle a retiré quelque fruit du délit, elle est tenue de la réparation civile jusqu'à due concurrence; et même, si c'est au su des associés et de leur consentement que le bénéfice produit par l'action criminelle est venu accroître le fonds commun, ils seront tenus de toutes les condamnations, soit pour la réparation civile, soit pour les amendes; sans préjudice des peines corporelles, lorsque leur concours aura le caractère de la complicité, d'après les dispositions de la loi pénale.

« Ceci s'applique aux sociétés particulières comme aux sociétés universelles; mais à l'égard des premières, dont l'objet est circonscrit, il n'est guère possible que le doute s'élève, et qu'on ait la pensée de comprendre dans l'actif social les résultats des pactes illicites, des crimes ou des délits des associés. C'était donc en traitant des secondes, qui embrassent tous les biens et presque tous les actes des associés, qu'il était utile d'établir la distinction entre ce qui est honnête et licite, et ce qui est prohibé et honteux. »

(9) Art. 1837; *junge* DUVERGIER, n° 106.

Add. DUVERGIER ajoute : « L'art. 1838 ne parle pas expressément des biens à venir; mais l'art. 1837 ne laisse aucun doute; puisque, d'après sa disposition, la stipulation qui ajoute à une société universelle de biens présents une société de toute autre espèce de gains, y fait tomber les fruits des biens futurs. »

(10) N° 367.

(11) N° 110.

Add. « Cette jouissance, dit DUVERGIER, est donc également dans tous les cas, et soit qu'il s'agisse de biens présents, soit qu'il s'agisse de biens à venir, un apport fait à la société, que la volonté seule de l'associé propriétaire ne peut en distraire. »

produit des biens reçus en contre-échange ? Il ne faut pas s'y tromper, la société n'a aucun droit réel sur les immeubles; il ne serait pas en son pouvoir de faire annuler les ventes de bonne foi, comme étant faites à son préjudice *à non domino*. Elle n'a contre les tiers que l'action Paulienne, *ob ea quæ in fraudem creditorum facta sunt*. Hors ce cas, son action est toute personnelle d'associé à associé; et encore cette action n'est-elle fondée qu'autant que l'associé a mésusé; car s'il avait aliéné en bon père de famille, aucun reproche ne pourrait lui être adressé.

C'est pourquoi les coutumes reconnaissaient expressément à l'associé le droit de vendre ses propres (1). « Si l'un des parsonniers, disait la coutume de Nivernais (2), vend ou hypothèque son propre héritage, et puis le recouvre, le tout *durant ladite communauté*, pourtant ne sera ledit héritage racheté comme conquêt, et n'y gist aucun remboursement. »

Considérons, en effet, que ce qui entre dans la société, ce n'est pas un démembrement des immeubles demeurés propres; ce sont les gains faits à un titre de commerce par un moyen quelconque, même en aliénant; car aliéner est souvent un excellent moyen de faire un gain.

Après cela, j'accorderai que les produits des immeubles présents et à venir sont, jusqu'à un certain point, un gain (3); car Pomponius appelle les revenus d'un fonds *quæstus fundi* (4). Je concéderai même que ces revenus tombent dans la société, à tel point que le jurisconsulte Paul veut qu'elle soit chargée des frais de récolte et de perception (5), et c'est ce que l'article 1837 a entendu exprimer quand il parle de la jouissance qu'a la société des biens propres échus à un associé. Mais il ne résulte pas de là que l'associé soit grevé sur ses immeubles d'une sorte de servitude au profit de la société; il n'en résulte pas qu'il ne puisse pas remplacer le gain tiré de ses immeubles par un autre gain. Non, la société n'a aucun *jus in re*; elle n'a qu'une action *pro socio*, si l'associé fait par sa faute quelque chose de préjudiciable aux intérêts communs.

290. Et de là résulte cette conséquence si équitable, savoir, que le père peut disposer de ses propres pour doter ses enfants, sans que la société ait le droit de s'en plaindre. Car la société n'a jamais compté que le père de famille lui donnerait la préférence sur ses enfants; elle a dû croire que le devoir social céderait au devoir paternel, et elle ne saurait dire que ses espérances ont été trompées.

Cependant, si on voulait suivre jusqu'à ses conséquences logiques l'opinion de Duvergier, il faudrait décider que la société peut empêcher le père de doter ses filles; qu'elle peut l'enchaîner dans l'accomplissement d'une obligation sacrée! que s'il donne à sa fille une dot, la société pourra faire révoquer l'aliénation ou demander une indemnité!

Une telle prétention serait-elle tolérable? et les auteurs anciens ne l'ont-ils pas proscrite implicitement en enseignant que le père engagé dans une société universelle de gains doit doter ses filles *de suo* (6). Ce *de suo*, où voulez-vous qu'il se trouve, si la société lui enlève toute l'utilité de son patrimoine propre?

Je le répète donc, le droit de la société de tous gains doit être pris avec réserve. S'il s'étend à tous les gains obtenus à l'aide de l'industrie, il n'enlève pas la disposition raisonnable ou légitime des choses dont l'industrie les fait sortir. Le propriétaire est maître, dans les limites d'une bonne gestion et de la bonne foi, de spéculer sur ses immeubles, de les vendre pour bénéficier, ou pour racheter avec avantage. Il n'est pas surtout dégagé des devoirs que lui impose la nature envers ses enfants. Tout ce qu'on est en droit d'exiger de lui, c'est que sa conduite soit loyale et prudente; c'est qu'il ne commette pas de fautes préjudiciables à la société, ou que des aliénations frauduleuses ne le constituent pas en état de détournement et de prévarication.

291. Quand les économies faites par un associé sont employées par lui en achats d'immeubles, ces conquêts doivent être communiqués à la société. Alors même que le contrat d'acquisition ne porterait pas la mention que l'achat est fait pour le compte de la société, il est certain que la société en profiterait (7), à moins qu'il ne fût fait de deniers exceptés de la communauté (8); auquel cas il prend nature de propre (9).

292. Mais on demande si l'acquêt fait *proprio nomine* (je le suppose consommé dans des circonstances qui le font tomber dans la société) devient social *ipso facto* et de plein droit, ou si seulement l'associé doit en donner communication à la société. Cette question est importante, et voici pourquoi : si la chose acquise est sociale de plein droit, il s'ensuit que l'associé acquéreur ne pourra la revendre à un tiers sans que la société ait une action en revendication contre ce dernier; tandis que si elle est seulement sujette à communication, le tiers ne pourra être troublé; la société n'aura d'action que contre l'associé (10).

Cette question a fort occupé les anciens jurisconsultes. Felicius en a rempli un de ses chapitres les plus longs (11). Elle me semble cependant tranchée par le jurisconsulte Paul dans la loi 74, D. *Pro socio* : « Si quis societatem contraxerit, quod emit *ipsius fit*, *non commune; sed societatis judicio cogitur rem communicare.* » Le jurisconsulte romain a ici en vue une société universelle (12), et il suppose que l'acquêt a été fait par l'associé en son propre nom (13). Or, quelle est sa décision? C'est que la chose entre dans le domaine de l'acheteur seul, lequel n'est tenu qu'à en faire part à la société (14).

Cette réponse me paraît à la fois logique et équitable; elle vient au secours des tiers qui ont ignoré l'existence de la société et n'ont connu que leur vendeur.

293. Je disais tout à l'heure que la société n'a rien

---

(1) Bourbonnais, art. 278.

(2) Titre XXII, art. 12.

(3) BRISSON, *de verb. signif.*, v° *Quæstus*.

(4) L. 21, D. *de instructo vel instrum. legato*. Combinez-la avec la loi 11, § 11, D. même titre.

(5) Arg. de la loi 12, D. *Pro socio*.

(6) *Suprà*, n° 282.

(7) FELICIUS, cap. XIV, nos 17 et 19.

(8) POTHIER, *Société*, n° 46.

(9) **Add.** Mais pour qu'il en soit ainsi, DURANTON, n° 369, exige « qu'il soit dit dans l'acte d'acquisition que cette acquisition a lieu en remploi de tel bien aliéné. Le profit de la cession faite dans le cas de l'art. 841, demeure pareillement propre à l'associé héritier, sauf indemnité à la société, si c'est avec ses deniers que le prix de la cession a été remboursé. »

(10) FELICIUS, cap. XIV, n° 2.

(11) Cap. XIV.

(12) Voy. CUJAS sur cette loi, dans son comm. du livre LXII, *Pauli ad edict.*

(13) *Ibid.*

(14) *Junge* BRUNEMANN sur cette loi : il cite un grand nombre d'auteurs.

à prétendre sur les achats faits avec les deniers propres à un associé.

Elle ne s'étend pas non plus aux acquisitions qui, bien que consommées pendant la société, découlent cependant d'une cause ou d'un titre antérieur (1). On appliquera ici *servatis servandis* ce que je disais au no 273. Ainsi l'on mettra dans la classe des propres les immeubles repris par l'un des associés en vertu de la révocation d'une donation pour cause de survenance d'enfants, ou d'ingratitude (2), ou bien par suite d'un réméré, etc., etc.

294. Pareillement, la société ne profitera pas de l'héritage acquis par échange d'un propre (3).

295. Après avoir parlé de l'actif des sociétés universelles de gains, il faut s'occuper de leur passif.

En premier lieu, comme la société profite de tous les meubles que les associés avaient au moment de leur entrée en société, il est juste qu'elle supporte les dettes mobilières existantes, lesquelles, pour me servir de l'expression de Pothier (4), suivent le mobilier et en sont une charge. L'article 1409 du code civil nous fournit un argument irrésistible (5).

---

(1) POTHIER, *Société*, no 47.

(2) POTHIER, no 48.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, no 108, et de DURANTON, no 370.

(3) POTHIER, *Société*, no 50; LEBRUN, *Sociétés tacites*, chap. III, no 6.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, no 109, où il ajoute : « Sauf récompense à donner à la société ou à recevoir d'elle, selon qu'elle aura fourni ou reçu une soulte dans l'échange ou dans l'acquisition en remploi. »

(4) POTHIER, no 51; *junge* DURANTON, t. XVII, no 372; DUVERGIER, no 111.

Add. DALLOZ, no 5.

(5) **Add.** Voici, à ce sujet, les observations de DUVERGIER, no 111 : « Les dettes dont est tenue une société, sont celles qui grèvent les choses qui composent son actif. En conséquence, on devrait faire supporter à une société universelle de gains, d'abord les dettes relatives aux biens meubles existants au moment du contrat; en second lieu, les dettes contractées pour les affaires de la société; et, enfin, celles qui seraient une charge des fruits produits par les immeubles présents et par les meubles et immeubles futurs. Il faut convenir que cette règle n'a pas été respectée, dans toutes ses conséquences, par les dispositions du code civil sur la communauté conjugale. L'art. 1409 fait entrer dans le passif de la communauté toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration, sauf récompense pour celles relatives aux immeubles propres à chacun des époux. Or, dans la rigueur des principes, la communauté aurait dû être chargée, d'abord des dettes grevant les biens meubles, ce qui n'est pas la même chose que les dettes mobilières, et ensuite pour celles qui n'auraient pas été plus spécialement relatives aux meubles qu'aux immeubles, on aurait dû les faire supporter par la communauté, jusqu'à concurrence d'une portion contributoire, déterminée par la valeur du mobilier, comparée à celle des immeubles. C'est aussi de cette manière que, revenant à la règle générale, l'article 1414 répartit les dettes d'une succession, en partie mobilière, en partie immobilière, échue à l'un des époux pendant le mariage.

« Toullier, je dois l'avouer, me paraît n'avoir pas assez tenu compte de la différence qui existe entre les dettes mobilières et les dettes relatives aux meubles. Il dit que le code civil fait marcher sur une ligne parallèle le passif et l'actif de la communauté; que, pour déterminer ce qui compose l'un et l'autre, il applique la règle d'équité *eadem debet esse ratio commodi et incommodi*. Sans doute la loi de réciprocité semble observée en ce que, d'une part, tous les biens immeubles de chaque époux et toutes les dettes immobilières sont exclus de la communauté, et que, de l'autre, tous les biens meubles et toutes les dettes mobilières y sont compris. Mais en considérant les choses sous un autre aspect, on s'aperçoit que le parallélisme ne conduit pas à un résultat aussi équitable qu'on le croirait d'abord. La plupart du temps, les dettes mobilières de l'un des époux n'ont pas été contractées, plus à raison des meubles qu'à raison des immeubles, elles devraient donc équitablement être payées en partie sur l'actif mobilier, en partie sur l'actif immobilier. Or, c'est sur l'actif mobilier qu'elles pèsent entièrement. Une femme se marie, ayant pour 100,000 francs d'immeubles et un mobilier de 20,000 francs; elle doit 20,000 fr., qu'elle a empruntés pour ses besoins personnels, ou qu'elle a perdus dans des spéculations; la dette pèse aussi bien sur les 100,000 francs d'immeubles que sur les 20,000 francs de mobilier, et cependant la communauté restera chargée de toute la dette, quoiqu'elle ne reçoive que 20,000 francs. En d'autres termes, le mobilier sera absorbé par le payement, et les immeubles resteront libres entre les mains de la femme. Cela est-il bien juste?

« Je trouve les mêmes idées très-bien exprimées par Delvincourt. Il rappelle que les auteurs étaient divisés sur la question de savoir comment les dettes d'une succession échue aux époux durant la communauté devaient être supportées. « Pothier et Lemaître « étaient, dit-il, de l'avis qui a été adopté par le code (art. 1414). « Lebrun et Renusson pensaient que les dettes mobilières, étant « une charge du mobilier, la communauté qui profitait de tout le « mobilier devait être tenue de ces dettes en totalité. Cette der« nière opinion était peut-être moins contraire à l'équité, à une « époque où il était dû en général beaucoup de capitaux à con« stitution de rente, et où les rentes étaient immeubles. Il pou« vait donc se rencontrer en général dans les successions une « certaine quantité de dettes immobilières. Actuellement, que les « rentes constituées sont mobilisées, et que d'ailleurs elles sont « beaucoup plus rares, l'avis de Lebrun ne serait pas soutenable. « *Peut-être même y aurait-il eu justice d'appliquer l'avis de Po« thier même aux dettes existantes lors de la célébration du ma« riage*; car la disposition qui met à la charge de la communauté « toutes les dettes mobilières existantes à cette époque, ne peut « être fondée, comme nous l'avons dit, que sur le principe que « l'universalité des dettes mobilières est une charge de l'univer« salité du mobilier. Or, si on a trouvé ce principe injuste à l'é« gard des successions qui échoient aux époux pendant le ma« riage, il me semble qu'il l'est également à l'égard des biens « qu'ils possèdent lors de la célébration; mais la loi en a statué « autrement, il faut s'en tenir à sa décision. D'ailleurs, les parties « ont le droit d'y déroger par des stipulations particulières, « comme effectivement cela a lieu dans presque tous les contrats « de mariage. »

« Dans la société universelle dont il est ici question, devra-t-on suivre le système de l'art. 1409 ou celui de l'art. 1414, et par conséquent comprendre dans le passif de la société toutes les dettes mobilières, attendu que tout le mobilier entre dans l'actif? ou bien, établir une contribution, en comparant la valeur du mobilier à celle des immeubles, et mettre à la charge de la société seulement la portion des dettes qui incombera aux biens meubles, d'après cette contribution?

« Ce dernier parti serait sans doute le plus rationnel, mais Pothier se décide pour l'autre, par une considération qui conserve aujourd'hui toute sa puissance et qui me semble déterminante. « Notre droit coutumier, dit-il, faisant entrer dans cette société « les biens meubles que les conjoints avaient lorsqu'ils l'ont con« tractée, c'est une conséquence que cette société doit être tenue « de toutes les dettes mobilières dont ils étaient alors débiteurs, « les dettes mobilières, suivant les principes de notre ancien « droit français, devant suivre le mobilier, et en étant une « charge. »

« La législation nouvelle ayant maintenu ces principes pour la communauté entre époux, malgré les changements survenus dans le caractère des biens, il est vraisemblable qu'elle a voulu qu'ils fussent suivis, comme ils l'étaient autrefois, pour la société universelle de gains.

« Ainsi, cette société doit supporter les dettes mobilières des associés au jour du contrat, celles qui seront contractées pour les affaires sociales, et enfin toutes les charges des fruits et revenus qui font partie de son actif. »

296. En second lieu, la société est tenue des dettes que l'un des associés contracte, depuis sa formation, dans l'intérêt social (1), ou pour parvenir au gain qu'il doit mettre dans la société. « *Æs alienum* « *quod ex quæstu* pendebit (2). »

297. En troisième lieu, la société supporte toutes les dépenses d'entretien et de nourriture des associés, de leurs femmes et enfants; elle doit même subvenir à l'éducation de ceux-ci, car l'éducation est assimilée à la nourriture et en fait partie (3). C'était une règle constante et attestée par Lebrun pour les anciennes sociétés taisibles (4). La raison en est que ces dépenses de première nécessité sont une charge des gains que chaque associé doit conférer à la société. C'est avec le montant de ses journées qu'un ouvrier fait marcher son ménage; c'est avec ses profits quotidiens qu'un laboureur subvient aux besoins de sa famille. Il faut donc que la caisse sociale, dans laquelle l'un et l'autre versent leurs salaires et leurs profits, soit grevée de cette obligation (5).

Et cela était d'autant plus vrai dans l'ancien droit que les comparsonniers vivaient ensemble au même pain et feu, et sous le même toit; jamais on n'avait pensé à faire de distinction entre ceux d'entre eux qui consommaient le plus, et ceux qui consommaient le moins, entre ceux qui avaient une famille nombreuse et ceux qui n'en avaient pas. Plus la famille était étendue, plus elle travaillait et fournissait à la masse commune, et une juste proportion finissait par s'établir entre la dépense et les produits. Aujourd'hui, nous ne pouvons raisonner sur des faits habituels contemporains, puisque de telles sociétés ne se rencontrent que très-rarement; et encore sont-elles plutôt une continuation des anciennes sociétés taisibles. On leur appliquera donc la doctrine que je viens d'énoncer. Mais si, par hasard, il venait à s'en former de nouvelles, on prendrait pour règle les données d'autrefois. Car cette organisation des sociétés taisibles fut le fruit d'une longue et sage expérience, et il faudrait d'autant plus en profiter, qu'il est difficile de concevoir une société universelle de gains sans la vie commune qui seule y peut maintenir, au moyen d'une surveillance réciproque, la bonne foi, la fidélité, l'accomplissement scrupuleux des devoirs sociaux. Or, dans un régime de vie commune, dénué de règlement sur les dépenses respectives, n'est-il pas clair qu'on a entendu faire une masse confuse de tous les besoins, pour les mettre à la charge de la société? Au surplus, en laissant de côté toute considération secondaire, il y a une raison prédominante à laquelle je m'attache : c'est que l'entretien du ménage est une charge des gains, et qu'il passe par conséquent au compte de la société qui perçoit ces gains. C'est pourquoi nous donnons ici une solution différente de celle qui nous a paru préférable dans la société universelle de biens présents (6).

298. Quant aux dots, il est clair, d'après ce que nous avons dit au n° 282, que ce n'est pas une charge de la société universelle de gains, mais une charge des propres (7).

298 2° (8).

---

* Art. 1839. La simple convention de société universelle, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

Iᵉʳ PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 10. *La simple convention de société, sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains* (*a*).

Art. 11. *Les biens que les associés possèdent au temps du contrat, n'y entrent que pour la jouissance. Ceux qui leur échoient pendant la société, par succession, donation ou legs, n'y tombent en aucune manière.*

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — (Le 10ᵉ du projet.) La commission propose la suppression de cet article, ne pouvant concevoir qu'une société soit contractée sans que l'objet en soit déterminé.

(*b*) *Rapport*.— BOUTTEVILLE, au tribunat : « Mais toute convention qui tend à exproprier ne pouvant être entendue que dans le sens le plus étroit, la simple convention de société universelle faite sans autre explication, n'emportera qu'une société universelle de gains. »

---

(1) PAUL, l. 12, D. *Pro socio*; POTHIER, n° 53.
Add. DALLOZ, n° 6.

(2) PAUL, l. 12, D. *Pro socio*.

(3) LEBRUN, *Sociétés tacites*, ch. IV, n° 17.

(4) *Loc. cit.*

(5) DURANTON, t. XVII, n° 375. *Contrà* DUVERGIER, n° 112, qui croit à tort que ce point doit être réglé comme dans la société de biens présents. Il oublie, et l'autorité que l'ancien droit exerce ici sur le nouveau, et les raisons péremptoires que je retrace.

(6) *Suprà*, n° 281.
Add. Op. conf. de DURANTON, n° 373; de DEMANTE, n° 541.

(7) *Suprà*, n° 290.

(8) Add. *Troisième espèce de société universelle, formée par la réunion des deux autres. Composition de l'actif et du passif.* — DUVERGIER dit à ce sujet, n°ˢ 114, 115 et 116 : « Une troisième espèce de société est formée par la réunion des deux précédentes, lorsque les parties ont stipulé, qu'outre la société universelle de biens présents, il y aura entre elles société universelle de gains.

« Il est facile de déterminer son caractère et ses effets; elle doit évidemment comprendre activement et passivement tout ce que comprennent les deux autres. Ainsi, tous les biens meubles et immeubles des associés, existants au moment du contrat, tous ceux qu'ils peuvent acquérir par leur industrie, les fruits et revenus de ceux qui leur échoient à titre gratuit, composent l'actif. Le passif est formé de toutes les dettes existantes au temps du contrat, soit mobilières, soit immobilières; de celles qui sont contractées pour les affaires de la société, et enfin de toutes les charges des fruits et revenus des biens qui n'entrent pas dans l'actif social comme biens futurs acquis à titre gratuit.

« Plusieurs des difficultés que j'ai précédemment examinées pourraient être ici reproduites; mais la solution qu'elles doivent recevoir dépend toujours de cette idée simple, que la société dont je m'occupe est la réunion des deux autres. Il me paraît donc superflu d'entrer dans des développements qui manifesteraient une sorte injurieuse pour la sagacité du lecteur. »

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 7, lib. XXIX, tit. II; leg. 45, § 2. — POTHIER. *Société*, nos 43 et 44.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1711. Conf. à l'art. 1839, C. F.
Sardaigne. — 1861. Id.
Haïti. — 1608. Id.
Louisiane. — 2802. Id.

2803. S'il est fait des affaires de commerce en vertu d'une société universelle, cette société doit se régler, quant à ses affaires, d'après les dispositions contenues au code de commerce.

SOMMAIRE.

299. Raison de l'art. 1839, pour faire préférer dans le doute la société universelle de gains à la société de tous biens présents.

300. Et, malgré cette faveur accordée à la société universelle de tous gains, il faut repousser les interprétations qui donneraient trop d'étendue à ses éléments. Exemple tiré des lois romaines.

COMMENTAIRE.

299. Cette disposition est empruntée aux lois romaines. « Coiri societatem et simpliciter licet; et si « non fuerit distinctum, videtur coita esse universo- « rum quæ ex quæstu veniunt (1). »

La raison en est que la société universelle de gains a des conséquences moins graves que la société universelle de biens présents. Car celle-ci renferme une aliénation des immeubles, tandis que l'autre les laisse intacts dans la main des associés (2).

300. Il y a plus : tout en admettant de préférence la société universelle de gains, il est d'une bonne interprétation de ne pas étendre les conventions des parties à des conséquences qui dépasseraient, sans une absolue nécessité, les limites ordinaires de la loi. Ainsi, dans un contrat de société qui dirait que les parties ont entendu former une association universelle de tous gains et profits, on ne serait pas fondé à soutenir que ce mot *profits* ajouté au mot *gains* a une vertu extensive, et qu'il n'a été employé que pour ajouter aux gains de l'industrie les profits avenus à titre lucratif. Ce serait forcer la volonté des parties, qui, si elles eussent eu l'idée d'arriver à un résultat si exorbitant, se seraient servies d'expressions plus énergiques. « Sed etsi adjiciatur ut et *quæstus* et « lucri socii sint, verum est, non ad aliud lucrum, « quàm quod ex quæstu venit, hanc quoque adjectio- « nem pertinere (3). » On voit que les rédondances n'étaient pas plus étrangères chez les Romains que chez nous, aux contrats du droit privé (4).

Art. 1840. Nulle société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes respectivement capables de se donner et de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes.

MOTIFS.

TREILHARD, orateur du gouvernement : « Le motif de cette dernière disposition se fait assez sentir; c'est par des considérations d'une haute importance que vous avez établi entre quelques personnes des incapacités de se donner au préjudice de quelques autres. Ces prohibitions ne sont pas nombreuses dans notre législation ; mais enfin il en existe. Or, ce que vous avez expressément défendu, ce qu'on ne peut faire directement, il serait inconséquent et dérisoire de le tolérer indirectement ; il ne faut donc pas que, sous les fausses apparences d'une société, on puisse, en donnant en effet, éluder la prohibition de la loi qui a défendu de donner, et que ce qui est illicite devienne permis, en déguisant sous les qualités d'associé celles de donateur et de donataire. »

Rapport. — BOUTTEVILLE, au tribunat : « Par les mêmes motifs encore, l'article 9 du projet (1840 du code) avertit les personnes déclarées incapables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et celles auxquelles il est défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes, qu'elles ne peuvent se soustraire, les premières à leur incapacité réciproque, les secondes aux prohibitions de la loi.

« Ces dispositions pouvaient seules mettre le projet en parfait accord avec nos lois sur les successions, donations et testaments. »

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 5, § 2. — POTHIER. *Société*, no 30.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1711. Conf. à l'art. 1840, C. F.
Sardaigne. — 1862. Id. Voy. art. 1842.
Haïti. — 1609. Conf. à l'art. 1840, C. F.
Louisiane. — 2804. Id.

SOMMAIRE.

301. Vices de l'art. 1840. Pourquoi cet article fait de la société universelle un titre lucratif. Il a craint qu'on ne s'en servît pour masquer des donations. Il les déclare donations de plein droit.

---

(1) ULPIEN, l. 7, D. *Pro socio.*

(2) POTHIER, no 43; DURANTON, t. XVII, no 366; DUVERGIER, no 113.

(3) PAUL, l. 13, D. *Pro socio.*

(4) On trouve une pareille solution du même jurisconsulte dans la loi 71, § 1, D. *Pro socio*, qui offre l'exemple d'une clause encore plus rédondante. « *Lucri*, quæstûs ac compendii societas. »

COMMENTAIRE.

301. Je n'ai pas d'éloges à donner à l'article 1840. Ajouté, par amendement, à la suite d'une assez longue discussion au conseil d'État, il manque de mesure dans ses effets et de justesse dans sa rédaction. Si les sociétés universelles étaient fréquentes, il ferait pulluler les procès et embarrasserait au plus haut degré les partages et les liquidations.

Recherchons cependant les causes qui l'expliquent.

La société n'est pas un titre lucratif. L'idée de société exclut l'idée de donation. « Donationis causâ, » societas recté non contrahitur (1). » Pourquoi donc l'article 1840 soumet-il les sociétés universelles aux mêmes prohibitions que les donations?

Le voici :

« Les sociétés universelles sont très-rares (2) dans les mœurs modernes, et cet état d'abandon démontre qu'elles ne correspondent plus à des intérêts urgents. C'est pourquoi le projet de code civil les repoussait toutes, à l'exception des sociétés universelles de gains. Si la rédaction définitive du code, satisfaisant à un vœu exprimé par quelques tribunaux et particulièrement par le tribunal de Paris (3), consentit à autoriser les sociétés universelles de biens présents, ce ne fut pas sans un sentiment de défiance extrêmement marqué. Toutes les discussions du conseil d'État en font foi. Treilhard, Cambacérès, firent de vains efforts pour les défendre contre des appréhensions exagérées. On craignit que les sociétés universelles de biens présents, si peu utiles désormais au développement de l'activité agricole ou commerciale, ne fussent employées que comme moyen de se soustraire aux lois prévoyantes qui ont soumis les donations à certaines prohibitions ou à certaines restrictions (4).

Donc, pour l'honneur des principes plutôt que pour satisfaire à un besoin pratique, on accorda au droit de propriété la liberté de faire des sociétés universelles de biens présents (5). Mais on voulut aussi que cette liberté ne fût pas une occasion de fraudes.

Pour atteindre ce but que fallait-il faire? Se borner à faire des réserves contre les sociétés frauduleuses, comme le voulait Cambacérès? Dans l'opinion du conseil d'État, ce n'était pas assez; il fallait les déclarer donations de plein droit. Telle est la pensée qui a dicté l'article 1840.

302. Mais à l'égard de quelles personnes cette présomption de fraude devait-elle être portée? Convenait-il de la limiter aux personnes respectivement incapables de se donner? Ou bien était-il juste d'en faire profiter tout héritier à réserve?

Treilhard, fidèle à son système d'indulgence pour les sociétés universelles, proposait de ne les interdire qu'entre personnes incapables de se donner. Cet amendement lui paraissait suffisant pour concilier le droit de contracter avec le respect dû à certaines prohibitions. Au contraire, Tronchet (6), plus intraitable envers les sociétés de biens présents dans lesquelles il persistait à ne voir que de véritables donations, demandait un amendement plus large; il voulait qu'elles fussent aussi sujettes de plein droit aux réserves. En vain Bigot repoussa cette extension, pensant qu'elle serait une source de procès entre les enfants et les pères; en vain appuya-t-il l'amendement plus restreint de Treilhard : le conseil (ainsi que le prouve l'article 1840) se prononça pour Tronchet.

Donc, toute société universelle est réputée de plein droit donation, soit au point de vue de la prohibition de donner, soit au point de vue de la simple restriction de ce droit (7).

---

(1) ULPIEN, l. 5, § 2, D. *Pro socio.*

(2) BÉRENGER, conseiller d'État (FENET, t. XIV, p. 370) et BIGOT (id., p. 372), insistèrent sur cette circonstance.

(3) *Suprà*, n° 263.

(4) RÉAL, TRONCHET, etc. Voy. ci-dessus, p. 107.

(5) TREILHARD, *loc. cit.*

(6) DUVERGIER n'a pas exposé avec exactitude cette discussion : il prête à Treilhard l'opinion de Tronchet, et à Tronchet celle de Treilhard (n° 119).

(7) Add. BOILEUX et DELEURIE interprètent l'article dans ce sens qu'il n'aurait en vue que la prohibition de donner. Op. conf. de DELAPORTE.

MAZERAT sur DEMANTE le considère comme introduit aussi en faveur des réservataires, et se range à l'opinion de DELVINCOURT.

DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. II, art. 1er, n° 9, se borne à rapporter la controverse entre DELAPORTE et DELVINCOURT, sans prendre de parti.

O. LECLERCQ, t. VI, p. 222, partage l'opinion de Delvincourt.

cet article, pris textuellement et analysé dans ses termes? Que la société universelle ne peut avoir lieu qu'entre personnes *auxquelles il n'est pas défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes*. Or, est-ce qu'il est défendu à un père d'avantager l'un de ses enfants *au préjudice des autres?* Est-ce qu'il est défendu à une personne qui a des héritiers à réserve de faire des libéralités à autrui dans les limites de la quotité disponible, bien qu'il en résulte un *préjudice pour les réservataires?* Donc, la société universelle n'est pas défendue dans ce cas, et, dès lors, on arrive à cette conséquence, que la société doit tout simplement donner lieu à une action en réduction, si, par le partage, il en résulte des avantages supérieurs à la quotité disponible (1).

Notez bien que l'explication de Delvincourt et Duvergier aurait cet autre inconvénient : celui d'aggraver bien plus encore que nous ne le disions au numéro 303 les sociétés universelles de gains; car ni dans l'ancienne jurisprudence, ni dans le projet de code civil, si ombrageux cependant pour maintenir les lois prohibitives de certains avantages, on n'avait jamais mis en doute que de telles sociétés fussent permises à des personnes ayant des enfants (2).

308. Tout se réduit donc à une question bien simple. Y a-t-il des avantages réels faits au préjudice des réservataires? Par exemple, un homme qui avait beaucoup de biens présents les a-t-il mis en société avec un homme qui n'avait rien (3), de telle sorte qu'il a enrichi celui-ci? ou bien l'un des associés a-t-il pris à son compte une part fort considérable des charges, tandis que l'autre n'en a qu'une part évidemment minime? Bien qu'en thèse ordinaire on puisse soutenir que ce ne sont là que des pactes de société (4), ici, on dira, à cause de la présomption de la loi, que ce sont des avantages prohibés, et ce ne sera pas ouvrir une porte à la mauvaise foi, comme le suppose Duvergier, et former des rapports sans stabilité. Cet auteur a-t-il donc oublié les art. 1526 et 1527 du code civil qui organisent précisément entre époux, dans le plus solennel et le plus stable des contrats, un système entièrement conforme à celui que nous soutenons être applicable aux sociétés universelles? Que faisons-nous donc? Au lieu de détruire, comme dans l'opinion de Duvergier, nous voulons conserver; seulement, nous excluons des sociétés universelles certains pactes exorbitants, et nous les assujettissons à une règle d'égalité qui est dans l'esprit général du contrat de société. Il est vrai que les tribunaux seront juges de cette égalité, et quoi qu'en dise le même auteur, je ne m'en effraye pas; *le pouvoir discrétionnaire des juges* n'est pas chose si nouvelle que l'expérience ne m'ait appris à ne le pas redouter.

Au surplus, l'opinion de Delvincourt et de Duvergier me paraît avoir été proscrite par un arrêt de la cour de Bourges du 30 mars 1835, dont les principes sont reproduits dans un arrêt de la chambre civile du 25 juin 1839, qui rejette le pourvoi.

Voici les faits constatés dans les qualités de l'arrêt de cassation :

Les époux Mathé avaient deux filles, la dame Morichon et la dame Desfougères; le mariage de cette dernière avait eu lieu en 1812. Par le contrat passé à cette occasion, les époux Mathé lui constituèrent une dot de 4,000 fr.; de son côté, le futur époux s'était constitué pareille somme de 4,000 fr.; de plus, les époux Mathé admirent, dans leur communauté conjugale, les futurs époux, pour la cinquième partie de tous leurs meubles et des acquêts qu'ils pourraient faire, à la charge par la future de confondre sa dot dans cette société universelle de gains, et par le futur d'y apporter sa dot aussitôt qu'il l'aurait reçue. Cette société devait durer six ans; les futurs époux devaient cohabiter pendant ce temps avec les sieur et dame Mathé.

A l'expiration des six années, la société fut dissoute et partagée; une attribution de meubles et immeubles fut faite aux époux Desfougères par acte du 2 mars 1819, pour les remplir de leur cinquième.

Desfougères décéda; sa veuve épousa un sieur Blanchard.

---

(1) *Junge* DURANTON, t. XVII, n° 381; le recueil de DALLOZ, v° *Société*; celui de DELAPORTE, *Pandectes françaises*, t. VI, p. 559; PERSIL fils, *Des sociétés commerciales*, p. 22; ZACHARIÆ et ses annotateurs, § 379; observations de MASSÉ dans la collection de SIREY, t. XXXIX, 1, 516.

Add. Op. conf. de O. LECLERCQ, t. VI, p. 222.

Voici l'argument tel qu'il est puisé dans le titre de la loi par DUVERGIER, n° 119 : « Duranton comprend toute la puissance d'un argument qui a pour base un texte précis. Aussi cherche-t-il à l'écarter en disant que celui-là même qui a des héritiers à réserve, peut faire des avantages à qui bon lui semble, dans les limites de la quotité disponible. L'observation, qui est vraie, ne touche pas à la question. Elle serait décisive, si la loi n'interdisait les sociétés universelles qu'à ceux entre qui ne peut intervenir aucune libéralité; mais l'art. 1840 va plus loin. Il commence par prononcer la nullité des sociétés formées entre gens incapables de faire ou de recevoir une libéralité quelconque; puis, il prohibe celles qui seraient contractées entre gens capables de disposer, à qui il est défendu d'exercer leur capacité au delà de certaines limites, au préjudice de certaines personnes. Il n'est pas possible de désigner plus clairement les individus, sur les biens desquels est établie une réserve légale au profit des ascendants ou des descendants. »

DUVERGIER ajoute : « Sans doute, ordinairement les libéralités déguisées sous la forme de contrats à titre onéreux ne sont point annulées; la jurisprudence de la cour de cassation les maintient jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Mais cette doctrine, sur laquelle, au surplus, il est encore permis de conserver du doute, ne peut s'appliquer à un contrat, qui, plus suspect que les autres, parce qu'il est plus propre à faciliter les fraudes, a été l'objet de précautions particulières, de dispositions irritantes, de prohibitions formelles. »

« On trouve, il est vrai, dans le discours de Treilhard au corps législatif, le passage suivant : « C'est par des considérations d'une « haute importance que vous avez établi entre quelques per- « sonnes des incapacités de se donner au préjudice de quelques « autres *Ces prohibitions ne sont pas nombreuses* dans notre « législation; mais enfin il en existe. Or, ce que vous avez expres- « sément défendu, ce qu'on ne peut faire directement, il serait « inconséquent et dérisoire de le tolérer indirectement. »

« L'orateur, dit-on, n'eût point tenu un pareil langage, il n'eût pas présenté la prohibition comme n'ayant que de rares applications, si, dans sa pensée, elle avait dû atteindre tous ceux dont les ascendants sont encore vivants, ou qui ont des enfants légitimes. Je reconnais qu'en effet ces paroles semblent limiter la prohibition au cas où il y a incapacité de disposer; elles seraient donc d'un grand poids, si le texte était obscur ou équivoque. Mais elles ne sont ni assez explicites, ni assez puissantes pour l'emporter sur les termes clairs et précis de l'article. D'ailleurs, Treilhard s'attachait, dans son discours, aux dispositions les plus remarquables; il en indiquait les principaux motifs, et n'avait certes point l'intention de résoudre la difficulté qui est ici controversée. »

(2) N° 297.

(3) ULPIEN, l. 5, § 1, D. *Pro socio*, donne un exemple de cette société.

(4) Arg. de l'art. 854 du code civil.

Plus tard, et par acte du 21 janvier 1833, Mathé fit donation actuelle à la dame Blanchard d'une somme de 12,000 fr. pour en jouir au décès du donateur.

A la fin de 1833, Mathé décéda, et la dame Morichon, sœur de la dame Blanchard, demanda la nullité de la société de 1812, comme prohibée par l'art. 1840 du code civil, et le rapport de tout ce que le partage de 1819 avait attribué aux époux Desfougères. Une contestation s'éleva aussi sur la donation de 1833; mais nous n'avons pas à nous occuper de cette partie du débat.

La dame Blanchard soutint que n'y ayant pas prohibition absolue de s'avantager entre elle et son père, l'art. 1840 n'était pas applicable.

21 juillet 1834, jugement du tribunal du Blanc, qui déclare la société valable.

Mais, sur l'appel, arrêt de la cour de Bourges, du 30 mars 1835 (1), ainsi conçu : « Considérant que « suivant l'art. 1840 du code civil une société universelle de gains, telle qu'elle est établie par le « contrat de mariage du 4 février 1812, *ne peut avoir « lieu* qu'entre personnes capables de s'avantager « au préjudice des tiers; *qu'elle ne peut dès lors « exister entre un père et l'un de ses enfants;* « qu'ainsi l'on ne peut voir dans l'acte équivalent à « partage, du 9 mars 1819, *qu'une donation dégui- « sée, qui doit être réduite à la portion disponible;*... « dit que cet acte ne vaudra que comme donation et « que, distraction faite sur la valeur des objets don- « nés des sommes mises en communauté par les époux « Blanchard, *le surplus n'appartiendra aux époux « que jusqu'à concurrence de la portion disponible.* »

La dame Blanchard se pourvut en cassation.

Elle soutenait que l'art. 1840 avait été violé. En consultant au greffe la minute originale de l'arrêt dont les qualités contiennent le résumé de ces moyens, je vois que l'attaque était dirigée moins contre le dispositif, que contre le *motif* portant que *la société ne peut exister* entre un père et l'un de ses enfants. Mais, d'une part, ce motif ne doit pas être isolé de ceux qui le suivent et qui traitent la donation non comme nulle, mais comme réductible; d'autre part et au fond, la dame Blanchard soutenait précisément ce que la cour avait jugé : savoir, que l'article 1840 aboutit à faire cesser les avantages prohibés. Aussi le défendeur disait-il avec raison, qu'il serait tenté de croire que les demandeurs n'avaient pas lu l'arrêt attaqué, car *il s'est exactement conformé à leur système.*

Un second moyen était tiré de ce que la société avait dû laisser des traces; qu'il y avait eu des faits accomplis; que les mises respectives avaient dû produire des gains; que l'industrie des époux Desfougères n'avait pas dû rester sans indemnité; qu'en retirant leurs mises, chacun des associés devait retirer aussi la part des gains qui ont été le résultat de la société et à la production desquels leur industrie et leurs mises ont concouru; qu'autrement l'annulation de la société nuirait aux uns et profiterait aux autres; qu'ainsi la cour avait violé la loi en ne donnant aux époux Blanchard qu'un droit au prélèvement de leurs mises.

Mais ce moyen n'était pas meilleur que le précédent; car la société devait si bien laisser des traces aux yeux de la cour de Bourges, qu'elle laissait subsister le partage jusqu'à concurrence de la portion disponible.

Aussi le pourvoi fut-il rejeté par arrêt de la chambre civile du 23 juin 1837, ainsi conçu :

« Sur les premier et deuxième moyens,

« Attendu que les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ou déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, *ne doivent recevoir leur exécution que jusqu'à concurrence de la quotité disponible;* »

« Attendu qu'en appliquant ce principe à l'acte du 9 mars 1819, qu'il a considéré, non comme un partage réel et sincère d'une société précédemment établie entre les époux Mathé et les époux Desfougères, mais comme une donation déguisée faite au préjudice des défendeurs, l'arrêt attaqué s'est conformé aux dispositions des sect. I et II du chap. III du code civil, titre *Des donations et testaments*, et n'a violé aucune des règles du *contrat de société*, invoquées par les demandeurs, rejette (2). »

On a prétendu que ces arrêts ne préjugent en rien la question de nullité de la société elle même, par la raison qu'ils n'ont considéré que le partage, abstraction faite de la société (3). Je ne conçois pas cette objection. Le partage est la fin de la société; il est la réalisation de tous ses effets et le complément de ses opérations : et l'on voudrait qu'il y eût pour le partage une condition autre que pour la société qui l'engendre! on voudrait que la société pût être radicalement nulle, lorsque peut-être elle repose sur les bases d'une parfaite égalité, et qu'elle ne renferme aucun de ces avantages qui l'ont rendue suspecte au législateur; tandis que le partage, manifestant avec éclat l'avantage prohibé et la fraude faite à la loi, serait simplement réductible! Comment ne voit-on pas que la société, n'aboutissant qu'à des effets réductibles, et non pas nuls, est implicitement déclarée simple donation sujette à l'action en retranchement?

Au surplus, la cour royale de Bourges, dont les motifs ont torturé l'esprit des arrêtistes (4), me paraît avoir erré plutôt dans l'expression que dans l'idée.

Il est vrai qu'elle dit que la société ne peut avoir lieu entre un père et l'un de ses enfants, et si ce considérant n'était pas mitigé par ceux qui le suivent, elle serait allée beaucoup trop loin. Mais en prenant l'arrêt dans son ensemble, on aperçoit facilement qu'il restreint la prohibition à la quotité indisponible. Dans ces limites, l'arrêt est aussi conforme au texte qu'à l'esprit de l'art. 1840.

308 2o (5).

309. Je ne veux pas passer en revue les incapacités créées par la loi en matière de donations et testaments; je renvoie aux dispositions du code civil qui s'en occupent spécialement. Je m'arrêterai un instant seulement à deux cas particuliers qui demandent un mot d'explication.

Lorsqu'une donation est faite par une personne qui n'avait pas d'enfants, la survenance d'enfants révoque sa libéralité de plein droit, d'après l'art. 960 du code

---

(1) SIREY, XXXIX, 1, 551; DALLOZ, XXXIX, 1, 250.

(2) SIREY, XXXIX, 1, 546; DALLOZ, XXXIX, 1, 250.

(3) Note du journal SIREY, *loc. cit.*

(4) Voyez les notes de DALLOZ, *loc. cit.*

(5) Add. *C'est au jour du décès de celui qui a des héritiers à réserve que l'on jugerait si la société a pu ou non avoir lieu.* — MAZERAT sur DEMANTE, no 544, répond : « D'après le but de la loi, comme ce n'est qu'à la mort que l'on sait s'il y a des héritiers à réserve, comme les droits de ceux-ci ne s'ouvrent qu'à cette époque et qu'eux seuls peuvent les exercer, c'est alors seulement que l'on saura si l'associé a pu ou non former une société universelle. Jusque-là les effets de cette société sont suspendus; ils subsistent s'il n'y a pas d'héritiers à réserve. Dans le cas contraire, il n'y a jamais eu société; les droits de chacun sont liquidés en conséquence. »

On voit que cet auteur admet la nullité et non la réductibilité.

civil. Or, en suivant l'analogie de la société universelle et de la donation, il semble qu'on puisse dire que la survenance d'enfants révoquera *ipso jure* la société universelle contractée par celui qui, au moment du contrat, n'avait pas de descendance. Et cette idée avait frappé Réal, dans la discussion du conseil d'État. « D'après le principe adopté, disait-il, la survenance « d'enfants détruira la société de tous biens. » Mais Cambacérès répondit : « Que si la société donne quel« que avantage à l'autre associé, on le réduira à la « portion disponible (1). »

Cette observation me paraît souffrir de graves difficultés, et je crois que Réal était plus dans le vrai de l'art. 1840. Cambacérès raisonnait comme si la survenance d'enfants ne produisait pas des effets plus graves que la réduction. Mais on sait que cet événement attaque la donation dans sa racine et la révoque pour le tout. Dès lors, quel moyen y aurait-il de soustraire à une cessation immédiate la société universelle, que la loi présume donation?

310. *Quid* de la société universelle contractée entre un père et son enfant incestueux ou adultérin (2)?

Il n'y a pas de doute que les héritiers du père peuvent la faire révoquer lorsque la filiation adultérine ou incestueuse a été légalement constatée; inutile de dire, du reste, que cette filiation ne pourrait résulter d'une reconnaissance volontaire, proscrite par l'article 335 du code civil, et que les demandeurs en nullité ne pourraient être admis à la recherche de la paternité (3).

310 2° (4).

310 3° (5).

310 4° (6).

310 5° (7).

310 6° (8).

---

(1) Fenet, t. XIV, p. 373.

(2) Art. 908 et 762 combinés.

(3) Duranton, t. XVII, n° 380.

Add. Cet auteur ajoute : « Mais d'une part nous ne pensons pas que ces enfants ou leurs héritiers pussent eux-mêmes demander la nullité, attendu que la loi ne leur défend pas de donner à leurs père et mère; elle leur défend seulement de recevoir d'eux, et au delà de simples aliments. »

(4) Add. *Une société universelle ne peut être contractée avec un mort civilement.* — Duranton, n° 376 : « Ainsi une société universelle ne peut avoir lieu avec un mort civilement, puisque le mort civilement ne peut donner à qui que ce soit, et ne peut même recevoir par donation entre-vifs ou par testament, si ce n'est pour cause d'aliments. »

(5) Add. *En France, avant la loi du 14 juillet* 1819, *une société universelle ne pouvait non plus, en général, être contractée avec un étranger.* — Duranton, n° 377 : « Avant la loi du 14 juillet 1819 qui a permis aux étrangers de succéder, recevoir et disposer en France de la même manière que les nationaux, une société universelle ne pouvait, en général, exister entre un Français et un étranger, attendu que l'étranger, d'après l'article 912 du code, ne pouvait recevoir d'un Français que dans le cas où cet étranger aurait pu disposer au profit d'un Français. Mais aujourd'hui l'empêchement n'existe plus. »

(6) Add. *De la société universelle contractée entre un individu et celui qui a été son tuteur, avant la reddition du compte de tutelle.* — Duranton dit, n° 378 : « Un mineur devenu majeur ne pourrait former une société universelle avec celui qui a été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'avait préalablement été rendu et apuré, parce que l'ex-mineur, dans cette situation ne pourrait disposer à son profit. Il faudrait même, pour que le contrat de société fût valable, qu'il eût été précédé de dix jours au moins par la reddition d'un compte de tutelle détaillé, avec les pièces justificatives à l'appui; car ce contrat serait un traité entre l'ex-mineur et celui qui a été son tuteur, et par conséquent l'art. 472 serait applicable.

« Toutefois, si le contrat était favorable à l'ex-mineur, nous ne croyons pas que le coassocié ou ses héritiers pussent en demander la nullité, attendu que celle qui résulte de cet art. 472 est relative et dans l'intérêt de l'ex-mineur seulement. Il est bien vrai que la prohibition de l'art. 1840 paraît prononcée d'une manière générale, quand la société est intervenue entre personnes qui n'étaient pas respectivement capables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre et que cette capacité respective n'existait pas dans l'espèce; mais cette disposition doit se coordonner avec les autres dispositions du code touchant la capacité de donner ou de recevoir. L'article n'a pu entrer dans les détails à cet égard, il a seulement eu pour but de poser un principe général, dont l'application est subordonnée aux autres règles du droit; or, de même que celui qui aurait fait avec l'individu dont il a eu la tutelle un traité avant la reddition du compte, ou dans les dix jours qui l'ont suivi ne pourrait en demander la nullité, de même il ne doit pas pouvoir demander la nullité du contrat de société qu'il a fait avec lui dans les mêmes circonstances. » Op. conf. de Magnin, v° *Tutelle.*

(7) Add. *De celle contractée entre un médecin et son malade.* — Duranton, n° 379 : « Le contrat de société universelle qui interviendrait entre un docteur en médecine ou en chirurgie, ou un officier de santé, et la personne à laquelle il a donné des soins pendant la maladie dont elle est morte, et dans le cours de cette maladie, serait nul dans l'intérêt des héritiers de cette personne, comme fait en contravention aux dispositions des articles 909 et 1840 combinés. Ce pourrait être, en effet, un moyen d'éluder la prohibition portée par le dernier de ces articles.

« Il y aurait toutefois exception, si le médecin ou chirurgien était parent de la personne au quatrième degré inclusivement, pourvu que le décédé n'eût pas laissé d'héritiers en ligne directe, à moins que l'associé ne fût lui-même au nombre de ces héritiers.

« Et dans le cas précédent, il y aurait aussi exception, si celui qui a été le tuteur était un ascendant de l'ex-mineur. »

(8) Add. Quid *de la société universelle formée entre un père et un fils naturel?* — Duranton dit, n° 382 : « Nous ne pensons même pas comme Delvincourt, qu'on doive appliquer la prohibition au cas de société contractée entre un individu et son fils naturel reconnu.

« D'abord, si cet individu ne laissait pas de parents au degré successible, cas que prévoit l'art. 758, quoiqu'il soit rare évidemment, la société serait parfaitement bonne; et il en serait de même si le père qui n'a point d'enfants légitimes était lui-même aussi enfant naturel, reconnu ou non, n'importe; car ne devant aucune réserve à qui que ce fût, on ne pourrait pas dire qu'en avantageant son enfant par le contrat de société, il l'a avantagé au préjudice d'autres personnes.

« Il faut donc, pour qu'il y ait lieu à la question, supposer un individu enfant légitime, qui a laissé des parents, et qui a contracté une société universelle avec son fils naturel légalement reconnu : eh bien! dans ce cas-là même, on ne voit pas pourquoi cette société serait nulle. Les parents doivent être considérés comme des héritiers réservataires; car de même que le père ne peut pas donner à son enfant naturel, au préjudice de ses parents, au delà de la quotité déterminée par l'art. 757, de même un père légitime ne peut pas donner à qui que ce soit, au préjudice des enfants qu'il laisse, au delà de ce dont la loi lui permettait de disposer; il y a parité parfaite, sous ce rapport, entre ces parents et ces enfants; ni les uns ni les autres ne doivent être privés de ce que la loi leur assure, et tous ont l'action en réduction, s'il y a excès. Le père de l'enfant naturel peut lui donner la quotité réglée par l'art. 757 comme un père peut donner son disponible à l'un de ses enfants légitimes ou à un étranger. Le père de l'enfant naturel peut le réduire à la moitié de la portion déterminée par cet article, comme le père d'enfants légitimes peut réduire la portion qu'ils auraient eue d'après la loi; ce qui écarte l'objection que le père naturel ne peut rien lui donner, que l'enfant tient tout de la loi. C'est donc, dans l'un comme dans l'autre cas, une question de disponibilité et non une question de

310 7° (1).

310 8° (2).

311. Dans tous les cas où la société est prohibée, la nullité ne peut être demandée que par la personne en faveur de qui la prohibition a été établie (3).

312. Lorsque la société est révoquée par suite d'une incapacité, on a égard à la communauté de fait qui a eu lieu entre les parties (4). Quant à leurs pactes sociaux, on ne les respecte qu'autant qu'ils sont l'expression des rapports légaux existant entre associés; mais on considère comme non avenus tous ceux qui tendraient à établir une inégalité et à constituer des avantages (5). Il y a, sous ce rapport, une différence entre la doctrine que nous avons exposée au numéro 249 et celle qui prévaut ici. La raison en est palpable.

C'est particulièrement dans la crainte d'avantages prohibés que l'art. 1840 s'est armé de sévérité; c'est comme donation qu'il frappa la société universelle. Donc, pour entrer dans le but commandé par cet article, on ne doit tenir aucun compte des inégalités conventionnelles d'où peuvent résulter des avantages. Or, on sait que ce motif manque tout à fait dans ce cas du nº 219, où la nullité est prononcée pour des causes d'un tout autre ordre.

Les associés retireront donc leurs mises; on tiendra compte des fruits que ces mises auront produits et de la récompense due à leur travail; on procédera *arbitrio boni viri* (6).

313. Si une chose mise en commun avait péri pendant la société de fait, Duranton (nº 183) veut que la perte soit pour le propriétaire. Duvergier (nº 124) trouve, au contraire, que cette décision conduirait à des résultats contraires à l'équité. Il veut que les juges consultent les circonstances et décident *ex æquo et bono*.

Cette latitude ne me paraît pas dans l'esprit de l'article 1849. Considérée comme donation, la société doit être traitée comme telle; or, la révocation de la donation place les parties, du moins en ce qui concerne la propriété, au même et semblable état que si la chose n'eût pas été transmise: donc, la société doit être jugée avec le même principe, et la règle *Res perit domino* fait retomber la perte sur le propriétaire.

SECTION DEUXIÈME.

DES SOCIÉTÉS PARTICULIÈRES.

Art. 1841. La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir.

capacité. Si la société universelle ne pouvait être contractée entre un père et son enfant naturel reconnu, par le motif que le père ne peut pas l'avantager au préjudice d'autres personnes au delà de la portion réglée par les art. 908 et 757 combinés, il nous semble que, pour être conséquent, il faudrait également décider, contrairement à tous les anciens principes, qu'une société de cette sorte n'a pas pu non plus être contractée entre individus ayant, ou l'un d'eux, des héritiers à réserve au temps de leur mort, qui a amené la dissolution de la société, quand bien même ils n'en auraient pas eu au jour du contrat; car il était également défendu à celui qui avait des enfants d'avantager son coassocié à leur préjudice. Mais, en réalité, il ne lui était défendu de l'avantager qu'au delà de la portion disponible; et de même il n'était défendu au père naturel d'avantager son enfant, au préjudice d'autres personnes, que dans ce qui excéderait la portion déterminée par l'art. 757. Or, si un plus grand avantage n'existe pas, de quoi peuvent se plaindre les parents du père? Et s'il existe, de quoi peuvent-ils se plaindre encore si l'enfant consent à la réduction? »

Delvincourt, t. VII in-8°, p. 283, regarde cette société comme radicalement nulle. Cela dépend de l'opinion qu'on adoptera sur la controverse rappelée nºs 307, 308.

(1) **Add.** *La prohibition s'étend aux personnes que la loi répute personnes interposées.* — Duvergier dit, nº 180: « Les personnes qui, à raison des liens qui les unissent aux incapables de donner ou de recevoir à titre gratuit, sont réputées personnes *interposées*, et qui, en cette qualité, sont elles-mêmes frappées d'incapacité, ne pourront, par cela seul, contracter valablement une société universelle. Cela est incontestable, puisque, d'après l'art. 1840, toute incapacité de faire ou de recevoir des libéralités engendre une incapacité de former une association universelle. »

(2) **Add.** *La société universelle est nulle, quoique l'incapacité de donner ou de recevoir ne soit pas réciproque, et que l'un des associés, incapable de recevoir de l'autre, soit capable de lui donner.* — C'est ce qu'enseigne Duvergier, nº 181: « Il n'est pas besoin de dire que la société est nulle, non-seulement lorsque tous les associés sont réciproquement incapables de donner ou de recevoir, les uns des autres; mais aussi lorsque tel, qui est incapable de recevoir des libéralités des autres, aurait capacité pour leur en faire: la loi, entendue différemment, n'atteindrait pas le but qu'elle se propose. Ainsi, incontestablement, l'association entre le tuteur et son pupille, entre le malade et le médecin, entre un père et ses enfants incestueux ou adultérins, entre celui qui a des héritiers à réserve et celui qui n'en a pas, est atteinte par la prohibition, quoique le tuteur pût disposer en faveur de son pupille, le médecin en faveur du malade, l'enfant adultérin ou incestueux en faveur de ses parents, celui qui n'a pas d'héritiers à réserve en faveur de celui qui en a. »

(3) Duranton, t. XVII, nºs 378 et 380; Duvergier, nº 182.

Add. Où ce dernier auteur dit: « Toutefois, il y a cette différence entre les sociétés formées par des gens réciproquement incapables de se donner, et celles où l'incapacité réside seulement dans l'un des contractants, que pour les unes la nullité est absolue, tandis que pour les autres elle est relative, et ne peut être proposée que par l'incapable, ou par ceux dans l'intérêt de qui elle a été établie, c'est-à-dire par des héritiers à réserve. »

(4) Duranton, t. XVII, nº 383; Duvergier, nº 183; Persil fils, p. 23, nº 25, ont traité cette question.

(5) **Add.** Op. conf. de Duvergier, nº 183: « On devra suivre dans la liquidation les règles ordinaires de l'équité sans s'occuper des stipulations insérées dans l'acte qui est annulé. »

(6) *Suprà*, nº 308.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 7. *La société de gains particulière est celle qui se borne à un acte particulier, comme si Pierre et Paul s'associent pour la construction d'une maison, ou à un genre déterminé d'entreprises, comme si la société est contractée pour tel genre de commerce.*
PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 9. Conf. à l'art. 1841.

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 5 in princip. — POTHIER. *Société*, no 54.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1712. Conforme à l'art. 1841 du Code Français.
Sardaigne. — 1863. Id.
Haïti. — 1610. Id.
Hollande. — 1660. Conf. à l'art. 1841, C. F. *Il est ajouté* : Ou à une entreprise désignée, ou à l'exercice de quelque métier ou profession.
2806. Les sociétés particulières sont celles qui sont formées pour quelque affaire qui n'est pas d'une nature commerciale.
2807. Si quelque partie du fonds social consiste en immeubles, la société doit être rédigée par écrit et enregistrée.
2808. Les affaires de cette société doivent être conduites au nom de toutes les parties intéressées, à moins qu'une signature sociale n'ait été adoptée par les clauses d'un acte de société.
2809. Si l'acte de société a été enregistré, les associés peuvent eux-mêmes adopter une signature sociale qui sera composée du nom de l'un ou de plusieurs des associés.
Bavière. — Voy. à l'art. 1835, C. F.

Art. 1842. Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est aussi une société particulière.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 12. *On peut contracter société de choses particulières, ou simplement de leur usage, ou des fruits à en percevoir.*
PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 10. Conf. à l'art. 1842.

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 71. — POTHIER. *Société*, nos 55, 54.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1713. Conf. à l'art. 1842, C. F.
Sardaigne. — 1864. Id.
1865. Une société particulière entre futurs époux ou entre conjoints, ne pourra être contractée qu'avec l'autorisation du juge mage du tribunal, qui s'assurera de la pleine et entière volonté de la femme, et veillera à ce que les dispositions prohibitives du présent code ne soient pas violées. (Voy. art. 1840.)
Haïti. — 1611. Conf. à l'art. 1842, C. F.

SOMMAIRE.

314. Des sociétés particulières. Ce qu'elles comprennent. Les sociétés appelées autrefois générales étaient des sociétés particulières.
315. Variété d'objet des sociétés particulières.
315 2°. *Caractère d'une société dans laquelle les parties ont fait entrer tous leurs biens, en désignant individuellement chacune des choses qui leur appartiennent.*
315 3°. *Caractère de la convention par laquelle les parties ont déclaré purement et simplement s'associer.*
315 4°. *Caractère de la société formée entre des frères pour garder indivise la succession paternelle.*
316. Fréquence de ces sociétés.
317. Elles se divisent en deux grandes classes, les *sociétés civiles* et les *sociétés commerciales*.
318. Importance de cette distinction. Détails pour la mettre en lumière.
319. Des sociétés pour l'achat et la revente des biens. Elles sont civiles.
320. Mais les parties pourraient se constituer, si elles le veulent, en sociétés de commerce. Réfutation d'un arrêt de la cour de Metz.
320 2°. *Si les acquéreurs faisaient des constructions ou réparations, ils seraient considérés comme entrepreneurs de bâtiments.*
321. Société pour banque territoriale.
322. La société pour l'exploitation des produits de la terre est civile. Exemples.
323. Société de cheptel.
324. Société pour l'engrais des bestiaux, formée entre cultivateurs et bergers.
325. Société pour l'exploitation d'un bail.
325 2°. *Quid de la société formée par des artisans ?*
326. Société pour l'exploitation d'une mine.
327. Il n'est pas vrai qu'une société pour l'exploitation d'une mine devienne commerciale par cela qu'elle est constituée en société anonyme. Examen de la jurisprudence sur cette question. Ce n'est pas la forme d'une société qui la rend civile ou commerciale.

328. Une société civile peut se gouverner par tout pacte non illicite; elle peut faire certains emprunts à la société de commerce, sans devenir commerciale.
329. Revue des arrêts. Sens exact qu'il faut leur prêter. Quelquefois une opération sur les mines est mixte, et si le caractère commercial domine dans les actes qu'elle embrasse, on peut la déclarer commerciale plus que civile.
330. Résumé là-dessus.
331. Les parties peuvent aussi, si elles le veulent, se constituer en société commerciale. Elles peuvent renoncer au bénéfice de la loi du 21 avril 1810.
332. Sont également civiles les sociétés organisées en vue d'une concession de mine à obtenir.
333. Mais il ne suit pas de là que les sociétés formées pour la recherche d'une mine soient nécessairement civiles. Distinction importante pour montrer quand la société est, en pareil cas, civile ou commerciale.
334. Suite.
335. De la société formée pour l'exploitation du bail d'une mine.
336. Suite.
337. Société pour l'exploitation d'une carrière.
338. Règles pour distinguer plusieurs espèces de sociétés civiles.
339. Société pour la jouissance d'un droit incorporel, par exemple d'un péage concédé; elle est civile bien qu'anonyme.
340. La société faite par un auteur pour tirer parti de sa propriété littéraire est civile.
341. De même de la société formée pour utiliser un talent et exercer un art libéral.
342. Mais les sociétés de comédiens, chanteurs et musiciens sont commerciales.
343. Des sociétés formées entre propriétaires, pour se préserver des fléaux naturels; elles sont civiles. Assurances mutuelles contre l'incendie et la grêle.
344. Associations provençales contre les inondations. Autres pour les dessèchements dans la Provence et la Gironde.
345. Les sociétés d'assurances à *primes* fondées par des spéculateurs sont commerciales. Il en est de même des compagnies d'assurances maritimes.
346. Et des compagnies d'assurances contre les chances du recrutement.
347. Et sur la vie humaine.
348. Des sociétés pour des constructions. Exemples divers.
349. La société pour la construction d'un marché par les citoyens d'une ville est civile. De même d'une société pour l'embellissement d'un quartier par l'ouverture d'une rue. *Quid* d'une société entre deux entrepreneurs pour la construction d'une église? Arrêt qui décide qu'elle est civile.
350. Arrêts en sens contraire.
351. Conciliation.
352. Des sociétés dans lesquelles à des constructions se lient des entreprises de transport, comme, par exemple, les sociétés de chemins de fer.
353. Les sociétés pour les transports militaires sont commerciales.
354. De la société formée avec un maître de poste pour l'exploitation de son brevet; elle est civile.
355. Société pour la ferme d'un bac est également civile.
356. Les sociétés civiles sont plus nombreuses qu'on ne la suppose. Mais les sociétés commerciales le sont beaucoup plus.
357. Simplicité originaire des sociétés de commerce. L'écriture les a compliquées dans l'intérêt du crédit.
358. Subdivisions de la société de commerce.

§ 1. DE LA SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

359. Son caractère de solidarité, ses effets.
360. Elle a une *raison sociale*. Définition de la raison sociale. Antiquité de son usage.
361. Réfutation du système de Frémery, qui pense qu'originairement la raison sociale annonçait une société en commandite et non pas une société collective.
362. Passage de Bartole, qui prouve que le sens de la raison sociale était d'atteindre tous les associés par les effets de la solidarité.
363. Passage conforme de Paul de Castro, postérieur à Bartole.
364. Et de Stracchа. Décision de la rote de Gênes, qui en contient la confirmation.
365. Autres décisions de ce tribunal examinées et enlevées au système de Frémery.
366. Suite.
367. Suite.
368. Examen du statut de Gênes.
369. Il serait bien singulier, du reste, que la signature collective *N. et compagnie* n'eût désigné originairement qu'une société non collective. C'est, au contraire, la société en commandite qui a emprunté la raison sociale à la société collective.
370. Formule de raison sociale. Elle n'est pas sacramentelle.
371. Il ne faut pas confondre avec la raison sociale le nom que l'on donne à un établissement pour des motifs d'achalandage.
372. Il n'y a que les noms des associés qui puissent faire partie de la raison sociale. D'où il suit que la raison sociale n'est pas cessible.
373. L'emprunt d'un nom étranger à la société peut compromettre celui qui le prête, même quand on aurait averti d'une manière générale que ce dernier n'entend pas s'obliger.
374. La raison sociale est fixée par l'acte de société.
374 2°. *Quels noms peuvent entrer dans la raison sociale?*
375. Cet acte règle aussi quel est celui des associés qui aura la signature sociale.
376. La raison sociale est de l'essence de la société en nom collectif. Comment ceci doit être entendu.

§ 2. DE LA SOCIÉTÉ EN COMMANDITE.

377. Idée des obligations des commanditaires et des gérants.
378. Origine de la commandite. Étymologie du mot. Analogie de la commandite et du cheptel, appelé dans quelques provinces *commande* de bestiaux.
379. Suite.
380. Fréquence de la *commande* commerciale dans le moyen âge.
381. Elle n'a pas plus pris naissance en Italie qu'en Provence. La *commande* était une vraie société. Dissentiment avec les auteurs qui ont enseigné le contraire.
382. Quelquefois cependant la *commande* est un mélange de louage et de mandat. Mais en général les coutumes commerciales l'appellent société.
383. Des sociétés de commande à l'époque des croisades; des sociétés de commande formées par les Lombards; des sociétés de commande pour les bestiaux. Utilité de la

434. Un commanditaire peut faire des affaires pour son compte personnel avec la société dont il est membre.
435. Quels sont les autres actes qu'il peut faire comme mandataire, sans être accusé d'immixtion? Sens de l'article 27. Examen de divers cas.
436. Suite.
437. L'immixtion d'un associé peut se prouver par témoins.
438. L'immixtion ne rend pas le commanditaire commerçant de plein droit.
439. A quelles dettes le commanditaire devient-il obligé par son immixtion?
439 2°. *A quelles dettes s'étend alors la solidarité qui pèse sur le commanditaire qui a agi?*
440. La peine de l'immixtion n'est établie que dans l'intérêt des tiers. Réfutation d'un arrêt de la cour royale de Paris qui l'a appliquée d'associé à associé.
441. Suite.
442. Le commanditaire n'est pas un simple prêteur. Dissentiment à cet égard avec Vincens et Cresp.
443. Le commanditaire est associé.

§ 3. DE LA SOCIÉTÉ ANONYME.

444. Ses rapports avec la commandite, ses différences, renvoi au n° 450.
445. Le code de commerce est la première loi qui ait codifié leur organisation; ce qu'on appelait jadis société anonyme n'était pas la société anonyme du code de commerce.
446. Exemples de sociétés anonymes antérieures au code de commerce. Compagnie des Indes orientales; analyse de ses statuts.
447. Le code de commerce les a presque copiés dans les règles qu'il donne de la société anonyme.
448. Influence des lois de la révolution sur les compagnies anonymes existantes.
449. Utilité des sociétés anonymes.
450. Retour sur la comparaison des sociétés anonymes et des sociétés en commandite. Avantages de la première sur la seconde.
451. Avantages de la seconde sur la première.
452. La société anonyme n'a pas de nom social. Elle agit par des mandataires révocables.
453. L'administrateur d'une société anonyme peut être associé.
454. Il n'est jamais responsable que de l'exécution de son mandat.
455. L'associé anonyme n'est responsable que jusqu'à concurrence du montant de sa mise.
456. Le capital social est divisé en actions ou coupons d'actions.
457. Tout associé est débiteur envers la société du montant de son action.
Les tiers ont action directe contre l'associé qui n'a pas versé sa mise.
458. L'associé d'une compagnie anonyme n'est pas tenu du rapport des bénéfices.
459. La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi. Raisons de ceci.
460. Il faut même que les statuts soient approuvés.
460 2°. *Quoique les tontines ne soient pas des sociétés, elles doivent cependant être approuvées par l'État.*
461. Marche à suivre par les parties pour se faire autoriser.
462. Pétition. Énonciation qu'elle doit contenir. Pièces à joindre à l'appui. Obligation de compléter au moins le quart du capital réel. Obligations imposées par l'ordonnance du roi relativement au capital.
463. Suite.
464. Suite.
465. Clause relative à une réserve.
466. Emploi des bénéfices; intérêts. Répartitions.
466 2°. Quid *si l'autorisation n'exigeait pas cette stipulation?*
467. Avantages qu'il est permis de réserver pour les fondateurs. Actions industrielles.
468. Évaluation des mises en nature.
469. Conversion des sociétés en commandite en sociétés anonymes.
470. Recherches du gouvernement sur la moralité de l'entreprise, sur son utilité, l'aptitude des associés, etc., etc. Nécessité d'un contrôle à cet égard.
471. De l'établissement d'un commissaire du roi.
471 2°. *Règle que s'impose l'administration en matière d'assurance et autres entreprises analogues.*
472. Toutes ces précautions n'empêchent pas toujours une société anonyme de mal tourner.
473. Une faillite n'est pas un événement impossible dans une société anonyme.
474. Du droit d'interpréter les statuts.
475. De l'administration provisoire qui précède l'obtention de l'autorisation.
476. Suite.
476 2°. Quid *entre les associés et les administrateurs?*
477. Suite.
478. Suite.
479. Avant l'émission de l'ordonnance, les droits des actionnaires ne sont qu'éventuels. Ils peuvent les vendre comme une espérance.

§ 4. DE L'ASSOCIATION EN PARTICIPATION.

480. Utilité de la participation, surtout dans le commerce maritime.
481. Elle s'appelait autrefois société anonyme. Définition qu'en donne Savary.
482. PREMIÈRE COMBINAISON. Achat d'une partie de marchandises par un négociant en participation avec un autre.
483. L'acheteur paraît seul et s'oblige seul.
484. Une telle association n'intéresse pas le public et ne doit pas être enregistrée.
485. DEUXIÈME COMBINAISON. Admission de participants à un marché déjà conclu, par exemple à un bail d'octroi.
486. TROISIÈME COMBINAISON. A peu près semblable pour une opération maritime.
487. QUATRIÈME COMBINAISON. Achats faits en foire et séparément, pour en partager les bénéfices. *Société momentanée.*
488. CINQUIÈME COMBINAISON.
489. Ce n'était pas par oubli que l'ordonnance de 1673 ne parlait pas de la participation. Ce qu'en dit le code de commerce n'est guère plus expressif que le silence de l'ordonnance de 1673.
490. La participation n'est pas une société proprement dite.
491. Les Romains firent-ils cette distinction?
492. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle joue un grand rôle dans la jurisprudence italienne. Fréquence des participations en Italie, et importance de celles qui avaient pour objet la ferme du revenu public.
493. Jurisprudence des tribunaux italiens sur les rapports des participants entre eux.
494. Jurisprudence des mêmes tribunaux sur les rapports des participants avec les tiers. Ceux-ci n'ont d'action que contre celui avec qui ils ont traité. La participation ne forme pas un corps. Les participants ne sont pas coseigneurs de l'affaire.

495. Résumé sur la nuance entre la société et la participation.
496. Signes donnés par quelques auteurs, pour distinguer la société et la participation. Critique de leurs opinions.
497. Suite.
498. Suite.
499. Règle pour arriver à une distinction sûre. La participation est toujours et essentiellement occulte.
500. De plus, elle ne crée pas de patrimoine social, pas d'action simultanée, pas de corps moral.
501. Il peut bien y avoir une copropriété, mais il n'y a pas de propriété sociale.
502. La participation n'a pas de raison sociale, de siége, de signature. Elle est exempte de publicité.
503. Dans les rapports des participants entre eux, le participant qui agit fait presque toujours son affaire propre, et il n'est pas nécessairement le mandataire de celui qui n'agit pas.
504. Cependant il n'est pas impossible qu'il soit son mandataire.
505. A l'égard des tiers, le participant qui agit est censé maître exclusif. Les participants inconnus suivent entièrement sa foi.
506. Toutes les dettes qu'il a faites et qui grèvent la chose, objet de la participation, doivent être respectées par les participants.
507. Exemple.
508. Les achats faits par l'associé qui agit, sont censés faits pour lui. Les créanciers de ses participants n'y peuvent rien prétendre du chef de ces derniers.
509. Cela est vrai, quand même des fonds auraient été donnés par un participant pour faire ces achats.
510. Même d'associé à associé, le véritable propriétaire est celui qui a acheté, à moins qu'il ne résulte des faits qu'il était simple mandataire.
511. Mais quoique chaque associé reste propriétaire de la chose conférée, néanmoins celui qui gère en est saisi, et si elle consiste en un meuble, les créanciers personnels des propriétaires n'y peuvent rien prétendre du chef de ce dernier qu'après la liquidation.
512. Que si la chose est un immeuble, il en est autrement, et les tiers qui y ont acquis des droits du chef du propriétaire ne peuvent se les voir enlever, sous prétexte de créances sociales. Une société en participation n'a pas droit de se poser en face des tiers.
513. Il est si vrai, du reste, que chacun conserve la propriété des mises, que si le propriétaire de la marchandise, qui l'a expédiée à son participant pour la vente, se trouve dans les conditions de la revendication en cas de faillite, il peut l'exercer.
514. Renvoi pour un plus ample examen de ces questions.
515. Du compte de profits et pertes de l'opération. De l'étendue du concours aux pertes. Différence à cet égard entre la commandite et la participation.

COMMENTAIRE.

314. Toute société qui ne rentre pas dans la classe des sociétés définies dans la section précédente, est une société particulière : bien qu'elle embrasse toute une branche d'opérations, bien que les affaires auxquelles elle s'applique soient très-vastes et très-compliquées, la société n'en sera pas moins une société particulière, pourvu qu'elle ne soit pas de tous biens présents ou de tous gains. Ainsi, ceux qui s'associent pour une entreprise désignée (1), pour l'exercice d'un métier ou d'une profession (2), pour l'exploitation d'une branche de commerce ou d'industrie, ne font que des sociétés particulières. Autrefois, dans le langage du négoce, on appelait société générale une espèce de société dont nous nous occuperons plus tard, la société en nom collectif : jamais on n'a mis cette espèce de société dans la classe des sociétés universelles. Pour être générale, elle n'en était pas moins particulière, dans le sens que nous attachons à ce dernier mot, qui n'est employé ici que par opposition aux sociétés universelles.

315. L'objet des sociétés particulières est d'une infinie variété. Tantôt on met en société une chose ou plusieurs choses déterminées, dont la propriété passe au corps social; tantôt on ne met en commun que l'usage de ces mêmes choses ou leurs fruits à percevoir (3); d'autres fois, ce sont deux ou plusieurs industries qui s'associent pour un métier, un art, une profession, un commerce (4).

315 2° (5).

315 3° (6).

---

(1) Texte de l'art. 1842.

(2) Idem.

(3) *Suprà*, n° 122, j'ai examiné la question de savoir quand la convention est censée comprendre la mise en société de l'usage plutôt que la mise en société de la propriété. CELSUS, l. 58, D. *Pro socio*; POTHIER, n° 54.

(4) POTHIER, n° 54, art. 1842.

(5) **Add.** *Caractère d'une société dans laquelle les parties ont fait entrer tous leurs biens, en désignant individuellement chacune des choses qui leur appartiennent.* — DUVERGIER dit, n° 132 : « Si les parties, sans dire qu'elles veulent former une société universelle, sans même exprimer qu'elles y font entrer tous leurs biens, comprennent, toutefois, dans l'indication des objets qui composent les mises, absolument tous les biens meubles et immeubles que chacune d'elles possède, la société devra-t-elle être considérée comme particulière, ou comme universelle?

« La question présente un grand intérêt. D'abord dans la société universelle des biens présents, les dettes de chaque associé, contemporaines du contrat, sont à la charge de la société; tandis que, dans une société particulière, l'apport doit être franc et quitte, chaque associé restant obligé de payer ses dettes personnelles. En second lieu, du nom que recevra la société dépendra l'application de la prohibition contenue dans l'art. 1840 : particulière, elle sera valable; universelle, elle pourrait être nulle.

« En suivant la rigueur des principes, on ne devrait voir dans une pareille stipulation qu'une société particulière; car toutes les choses appartenant aux associés y sont comprises, par l'effet de la désignation individuelle de chacune d'elles. Chacune d'elles y est donc placée à titre particulier; et la société n'embrasse pas véritablement l'universalité des biens des associés. Cela est tellement vrai, que si, par une omission volontaire ou involontaire, un objet appartenant à l'une des parties n'avait pas été compris dans la désignation de son apport, il resterait en dehors de la société.

« Mais la contexture de l'acte, ou même les circonstances pourront démontrer que les contractants ont eu réellement l'intention de faire une société universelle, et que l'énumération qui est jointe au contrat n'est qu'une espèce d'inventaire de leur apport : alors il faudra incontestablement restituer à l'acte son véritable caractère; il le faudra, à plus forte raison, si l'on découvre que c'est pour éluder les prohibitions qui atteignent les sociétés universelles, qu'on a donné au contrat l'apparence d'une société particulière. »

(6) **Add.** *Caractère de la convention par laquelle les parties ont déclaré purement et simplement s'associer.* — DUVER-

315 4° (1).

316. Autant les sociétés universelles sont peu fréquentes, autant les sociétés particulières jouent un rôle actif dans le mouvement des affaires : c'est en elles que se concentre aujourd'hui presque tout l'intérêt du contrat de société.

317. Elles se divisent en deux grandes classes :

Les sociétés civiles,

Les sociétés commerciales.

Les sociétés commerciales sont celles qui sont formées pour exercer un commerce ou pour faire des actes de commerce : c'est leur but qui leur imprime le caractère commercial. Toutes les autres sociétés sont des sociétés civiles.

Le code de commerce a défini les actes réputés commerciaux (art. 632, 633). Quand une société se forme pour se livrer à l'un de ces actes, elle est société de commerce. En dehors de cette limite, les sociétés sont purement civiles; leurs spéculations et leurs gains n'ont rien de commercial.

318. La distinction entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales est importante. Les lois et usages du commerce ont dérogé en certains points aux principes de la société civile (articles 1873 et 1832 du code civil). Le caractère de la société doit donc être exactement fixé pour que le juge puisse régler avec précision la position des parties (2). Nous allons donc entrer, à cet égard, dans quelques détails nécessaires.

319. Depuis plusieurs années, de vastes entreprises se sont formées pour acheter et revendre les biens-fonds; des gains considérables ont été réalisés, par cette sorte de transformation de la propriété immobilière en une marchandise; et à travers quelques désastres particuliers, les nombreuses sociétés qui ont opéré sur cette valeur (3) ont eu des chances très-profitables. On ne doit cependant pas les considérer comme sociétés commerciales; l'art. 632 du code de commerce s'y oppose. L'achat des immeubles, dans le but de les revendre, n'a pas été qualifié par lui acte de commerce : assurément, c'est une lacune. On ne voit pas pourquoi on ne traiterait pas comme marchands ceux qui traitent la propriété foncière comme une marchandise. Mais, enfin, la lacune est réelle ; il n'appartient pas à la jurisprudence de la combler (4).

320. Toutefois, on peut se demander si les parties ne pourraient pas se constituer en société de commerce par une expression manifeste de leur volonté.

La cour de Metz semble incliner vers la négative par son arrêt du 18 juin 1812, que je citais tout à l'heure en note. Elle croit que des raisons d'ordre public ne permettent pas de livrer la propriété immobilière à des combinaisons qui en feraient une marchandise sujette à l'agiotage.

Néanmoins, le tribunal du Havre, par une décision dont je vais rendre compte, ne s'est pas arrêté à ces scrupules; il a pensé que rien n'empêche les associés civils de donner à leur société les effets des sociétés de commerce. Il est vrai que la cour de Rouen, saisie de l'appel de cette décision, a mieux aimé tourner la question que la trancher; mais le jugement du tribunal du Havre est fait pour frapper l'attention; c'est pourquoi je vais en faire connaître l'espèce. Je ne l'ai pas encore vue dans les recueils de jurisprudence.

En 1838, Bréard, courtier de commerce, fonde deux sociétés dites en *commandite* pour acheter des terrains et les revendre. Il est convenu que les contestations entre associés seront soumises à des arbitres.

Le sieur Quentin souscrit quatre actions; mais

GIER dit, no 133 : « Domat examine quel serait l'effet d'une association, dans laquelle on aurait omis d'exprimer de quels biens, de quelles affaires, de quel commerce elle se compose, et si l'on avait dit simplement que *l'on s'associe*, ou que la société serait des gains et profits que feraient les associés, sans rien spécifier. Il répond que « la société ne s'étendrait qu'aux profits que « pourront faire les associés, par les commerces et affaires qu'ils « feraient ensemble. »

« Pareille convention, à mon avis, est nulle; elle manque d'un élément essentiel à la validité de tout contrat, d'un objet certain qui forme la matière de l'engagement.

« A la vérité, l'art. 1839 dit que la simple convention de société *universelle*, faite sans autre explication, n'emporte que la société universelle de gains. On conçoit, en effet, que lorsque les parties ont expressément manifesté l'intention de former une société universelle, on puisse suppléer à ce qui manque à leur convention, et déclarer à laquelle des deux sociétés universelles elles sont présumées avoir voulu se soumettre. Mais lorsqu'elles ont dit seulement qu'elles veulent s'associer, ou même que leur société sera des gains et profits, il est impossible d'affirmer qu'elles ont voulu comprendre tous les gains et profits, et par conséquent former une société universelle. D'un autre côté, il n'y a aucun moyen de savoir quelles sont les choses qu'embrasse leur convention, en la considérant comme société particulière.

« Au surplus, l'opinion de Domat n'est pas précisément contraire à celle que je viens d'émettre. Il suppose que le contrat a reçu son exécution, que certaines opérations ont été faites, qu'elles ont produit des bénéfices; et il trouve convenable que la société soit censée avoir eu pour objet les choses qui ont été apportées, les opérations qui ont été accomplies. Dans ce cas, l'exécution a complété la convention; elle y a ajouté ce qui lui manquait pour être valable, la désignation d'un objet certain et déterminé. »

(1) **Add.** *Caractère de la société formée entre des frères pour garder indivise la succession paternelle.* — On lit dans DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. II, art. 2, no 2 : « Des frères qui conviennent de garder indivises les successions de leur père et de leur mère pour en partager les bénéfices et les pertes, contractent une société particulière (l. 52, § 6, D.). Une pareille société pourrait même être contractée pour plus de cinq ans, la règle que personne n'est tenu de rester dans l'indivision n'étant point applicable dans le cas de la société quand il y a un temps fixé pour sa durée. »

(2) **Add.** *Jurisprudence.* — Une société contractée pour un espace de quinze ans, aux fins d'exploiter un établissement destiné à louer des bains à demeure et à domicile, et dans lequel on débitait aussi des boissons et des comestibles, est d'une nature commerciale. On ne peut la considérer que comme une société en participation (Bruxelles, 4 mars 1826 ; Jur. du XIXe siècle, 1826, 3, 270).

— Les tribunaux de commerce sont compétents pour connaître d'une convention par laquelle un individu a avancé des fonds à un autre, à l'effet d'établir une imprimerie, sous la condition d'avoir une part déterminée dans les bénéfices (Brux., 10 mai 1827 ; Jur. de B., 1827, 2, 169 ; Jur. du XIXe siècle, 1827, 3, 103).

(3) En l'an XIII, la cour de cassation appelait ces sociétés *extraordinaires !* (Voy. l'arrêt rapporté à la note qui suit.) Depuis, les choses ont bien changé.

(4) Arrêt de la cour de cassation du 28 brumaire an XIII (DALLOZ, *Société*, p. 88, 89). — 14 déc. 1819 (DALLOZ, t. II, p. 732 ; SIREY, XII, 2, 417). — Metz, 18 juin 1812 (DALLOZ, *Commerce [acte de]*, p. 731). — PARDESSUS, t. I, no 10 ; MERLIN, *Quest. de droit*, vo *Commerce (acte de)*, § 5.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, no 12.

Obversatur. BALSON (*Revue des revues de droit*, t. I, p. 252). Il y considère les articles 632 et 633 du code de commerce comme purement démonstratifs, et ne donne au mot *marchandise* qu'un sens relatif. Il invoque aussi deux arrêts de la cour de Paris, le premier du 11 février 1806, le second du 11 février 1837.

bientôt, redoutant les suites d'une société dont il aperçoit trop tard les dangers, il refuse de payer le montant de ses actions.

Aux termes des statuts, le gérant les fait vendre au profit de la société, devant le notaire de la société; il y a perte de 9,300 francs; le gérant l'actionne en indemnité de cette somme.

Quentin demande nullité de l'acte de société, qu'il n'a souscrit, dit-il, que par erreur, croyant, à tort, qu'il était permis de donner la constitution commerciale à une société, que des lois d'ordre public veulent renfermer dans le cercle des sociétés civiles.

Le tribunal du Havre décide que les associés civils peuvent organiser leur société de manière à lui donner les effets de la société en commandite commerciale, et qu'aucune erreur no vicie le consentement de Quentin.

Appel. Arrêt de Rouen du 24 février 1840, ainsi conçu :

« Attendu qu'en supposant qu'il ne fût pas licite de donner à une association constituée pour l'achat et la revente d'immeubles la forme et tous les effets d'une société commerciale en commandite, cette erreur aurait été partagée par tous les actionnaires;

« Que les uns ne pourraient s'en prévaloir au préjudice des autres et faire subir à ceux-ci l'engagement pris au nom de tous; que les choses ne sont plus entières; que des acquisitions importantes ont été faites pour le compte de la société; que des obligations ont été contractées au respect des tiers et doivent être exécutées; qu'après l'accomplissement des faits irrévocablement consommés, les sociétaires se trouvent dans la nécessité d'achever les opérations commencées; que l'annulation ou la résiliation de l'acte social n'aurait pas la puissance de réagir sur le passé et d'effacer ce qui a été fait dans l'intérêt commun...;

« Que l'erreur de droit alléguée par Quentin n'affectait ici que la forme de l'acte ou tout au plus certaines stipulations accessoires, et laissait subsister dans toute sa force la volonté des parties. »

Quentin s'est pourvu en cassation, et, par arrêt du 9 juin 1841, au rapport de Joubert et sur les conclusions de Delangle, la chambre des requêtes a rejeté le pourvoi : mais son arrêt laisse indécise la question nettement abordée par le tribunal du Havre.

Pour moi, je crois que la décision de ce tribunal était juridique, et je ne partage pas les craintes qui ont empêché la cour de Rouen de s'en occuper. Je ne vois pas pourquoi l'ordre public serait intéressé à ce que des spéculateurs ne se soumissent pas aux engagements commerciaux, qui rendent leur position plus dure à l'égard des tiers. La cour de Metz a rendu l'arrêt, qui a tenu en suspens la cour de Rouen, à une époque où les opérations sur les immeubles avaient peu de développement, et où des esprits timides, dominés par des souvenirs d'agiotage, voulaient détourner les spéculateurs de cette industrie réputée menaçante. Depuis ce moment, les choses ont changé d'aspect, et la cour de Metz a pu voir, dans le riche pays placé sous sa juridiction, les ventes et reventes d'immeubles augmenter de plus en plus le nombre des propriétaires, stimuler l'esprit laborieux des agriculteurs jaloux d'entrer dans le cadre des possesseurs du sol, et donner enfin à la propriété foncière une valeur plus considérable que jamais.

Oui, tels sont les résultats de ce que l'on appelle vulgairement le commerce des biens; voilà comment les craintes ont été vérifiées! Or, puisque la propriété est désormais un aliment offert aux sociétés de spéculateurs, qu'importe, je le demande, que ces sociétés restent civiles, ou bien que les associés se soumettent aux obligations de la loi commerciale? Quant à moi, je ne connais pas une raison soutenable pour restreindre à cet égard la volonté des parties; je crois même qu'il est bon que cette volonté puisse faire ce que la loi aurait dû faire dans l'intérêt du crédit, et je désire que la jurisprudence finisse par se prononcer en ce sens (1).

320 2° (2).

321. Nous venons de voir des spéculateurs s'efforcer de donner à une opération, civile par sa nature, les effets d'une opération commerciale. Il y a une position inverse. D'autres spéculateurs, voulant échapper à la loi commerciale, ont imaginé de transformer le commerce de banque en opérations civiles sur les immeubles. Voici comment :

Des banquiers de profession avaient formé une société dont le but était de prêter de l'argent aux agriculteurs, aux propriétaires et autres personnes de toutes classes, moyennant des ventes d'immeubles à réméré que les emprunteurs devaient faire à cette société. Cette société avait pris le nom de *Banque territoriale*, et, à la faveur de cette dénomination, elle se prétendait exempte de certains effets rigoureux qui accompagnent les opérations commerciales : mais, au fond, elle ne faisait que la banque. Les ventes d'immeubles qu'elle se faisait consentir n'étaient qu'une garantie de ses prêts et ne constituaient pas le but primitif et direct de l'entreprise. On pense bien que la sagacité des magistrats la maintint dans la catégorie des sociétés commerciales (3).

322. Le caractère civil que retiennent les opérations sur les immeubles, quand aucune circonstance ne vient en altérer la nature, se communique à plus forte raison aux spéculations du propriétaire sur les produits de son fonds, et aux opérations qui sont l'auxiliaire et le complément de l'agriculture (4).

Ainsi plusieurs propriétaires, qui s'associeraient pour mettre leurs vins en commun et se partager le bénéfice des ventes, ne feraient pas une société de commerce (5).

323. Ainsi, encore, le cheptel est une société civile; il est l'auxiliaire de l'agriculture; il n'est pas un négoce.

324. Ainsi, enfin, une association formée entre des cultivateurs ou des bergers, pour engraisser des bestiaux et les vendre, n'est pas une société de commerce. Une telle spéculation, dit la cour de Bruxelles

(1) Voyez plus bas une question analogue pour les sociétés de mines.

(2) **Add.** *Si les acquéreurs faisaient des constructions ou réparations, ils seraient considérés comme entrepreneurs de bâtiments.* — C'est ce qu'enseignent MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 18, où ils disent : « Si, cependant, les associés faisaient des réparations, des reconstructions sur ces immeubles, achetaient des matériaux et souscrivaient des billets, ils seraient alors considérés comme entrepreneurs de bâtiments, et justiciables des tribunaux de commerce.

« Maintenant que nous avons donné une idée complète de ce qu'on entend par société de commerce, il nous reste à signaler la distinction qui existe entre la société commerciale et la communauté d'intérêts ou copropriété d'objets réputés commerciaux. » C'est ce qu'a jugé la cour de Paris, par arrêt du 11 février 1837, rappelé par DALLOZ.

(3) Arrêt de cassation du 21 mars 1808 (DALLOZ, *Contrainte par corps*, p. 756, et *Commerce* [*acte de*], p. 732, col. 2).

(4) PARDESSUS, t. I, nos 7, 10, 13; cassat., 14 janvier 1820 (DALLOZ, t. II, p. 727).

(5) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 8.

dans un arrêt du 23 février 1822, fait partie des travaux agrestes; elle ne constitue pas un acte de commerce du chef du cultivateur ou berger qui se livre à cette branche d'exploitation rurale (1).

325. Si le fermier qui vient prêter son industrie à l'agriculture est un spéculateur, il n'est pas un commerçant. On a vu des sociétés formées pour affermer une terre et exploiter un bail. Il y en a eu de tout temps des exemples dans la province de Normandie (2). Jamais ces associations n'ont été considérées comme commerciales.

325 2° (3).

326. La concession d'une mine crée, au profit du concessionnaire, une propriété nouvelle, entièrement distincte du sol; et l'exploitation de cette propriété est un acte civil, et non un acte de commerce, un acte, dis-je, que le législateur a assimilé aux opérations du propriétaire qui vend les produits de son immeuble, ou du cultivateur qui livre à la consommation les fruits du travail agricole. « L'exploitation des « mines, dit la loi du 21 avril 1810, art. 32, n'est « pas considérée comme un commerce. » En un mot, le concessionnaire d'une mine jouit de sa chose, comme le fait le maître d'un domaine rural. Il est propriétaire; il n'est pas commerçant.

Mais l'exploitation d'une mine exige presque toujours des avances plus considérables que celles de la culture; les travaux et les opérations qui lui donnent la vie demandent un art particulier, un personnel nombreux, un puissant concours de forces diverses. C'est là surtout que l'esprit d'association, prudemment employé, est fécond en grands résultats; c'est là que l'union des capitaux, combinés avec le génie industriel, déploie sa supériorité pour vaincre la nature et arracher aux entrailles du sol ses trésors les plus cachés. Aussi le législateur a-t-il prévu que des associations se formeraient le plus souvent pour exploiter la richesse minérale. Il veut que des concessions puissent être faites à des sociétés (4).

Si l'on doit juger ces sociétés d'après leur but, elles n'ont rien de commercial. Comment seraient-elles autre chose que des sociétés civiles, puisque l'exploitation, qui est leur œuvre, n'est pas un commerce? Il a donc été jugé que le type commercial ne s'imprime pas de plein droit, soit sur les sociétés concessionnaires, soit sur les sociétés formées après coup avec le concessionnaire pour lui prêter leur concours (5).

327. On a cru cependant que la société prend le caractère commercial, lorsque sa constitution en société anonyme, ou en société par actions, la rapproche des formes affectées par les sociétés de commerce. Vincens a été l'un des premiers à prêter à cette opinion l'appui de son autorité (6). Il pense que si l'exploitation des mines n'est pas commerciale par elle-même, la société anonyme, créée à côté d'elle pour la faire marcher, est réellement commerciale; que les actions créées en vue de cette exploitation, ainsi que leur circulation, ont aussi le caractère commercial. Puis, d'autres écrivains, ayant trouvé ce système commode pour aggraver la position des actionnaires, ont cherché à le corroborer par la jurisprudence, et ils ont cité à l'appui: 1° un arrêt de la cour royale de Bordeaux, qui, dans une espèce où une réunion d'actionnaires s'était formée sous la raison sociale *Brard et Ce*, pour exploiter les mines de houille de Lardin, a jugé que le fait de constituer une mise de fonds divisée en actions, *et d'ériger une véritable société de commerce par la nature des stipulations de l'acte social et des diverses opérations qui y sont comprises*, fait rentrer l'exploitation des mines parmi les actes de commerce (7); 2° un arrêt de la cour de Bruxelles du 3 mars 1810 (8), rendu dans l'espèce d'une société anonyme constituée avant la loi sur les mines pour l'exploitation d'une houillère; 3° un arrêt de rejet de la chambre des requêtes de la cour de cassation du 30 avril 1828 (9); 4° un arrêt de la cour royale de Paris du 19 août 1840 (10).

Cette opinion légèrement émise, légèrement discutée, a cependant jeté beaucoup de trouble dans les esprits. On s'est demandé *si* c'est la forme d'une société qui doit déterminer son caractère civil ou commercial; ou bien *si* ce n'est pas plutôt dans son objet et dans sa fonction qu'il faut aller chercher la raison de son classement; on a opposé les arrêts aux arrêts, les

---

(1) DALLOZ, t. XII, p. 89, à la note.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 8: « En général, disent-ils, ce qui constitue l'acte de commerce, c'est l'achat dans l'intention de revendre. Ainsi, le propriétaire ou cultivateur qui vend les denrées de son cru ne fait pas un acte de commerce. La société que formeraient plusieurs propriétaires, en mettant en commun tout ou partie des productions de leurs fonds, pour les vendre à risques communs, ne serait pas commerciale.

« Il en serait de même de la société formée entre plusieurs cultivateurs ou bergers, pour élever du bétail et en tirer un profit. Les tribunaux civils seraient seuls compétents pour statuer sur l'existence et les conséquences de semblables sociétés qui, par leur nature, font partie des travaux agrestes, et forment une branche d'exploitation rurale du chef des cultivateurs. »

(2) BASNAGE, sur l'art. 389 de la coutume, t. II, p. 85, col. 2.

Add. *Jurisprudence.* — La convention par laquelle deux cultivateurs s'associent pour élever un troupeau de moutons, ne forme pas une société de commerce (Brux., 23 février 1822; Jur. de B., 1822, 1, 166; DALLOZ, XXV, 272).

(3) **Add.** Quid *de la société formée par des artisans?* — MALEPEYRE et JOURDAIN répondent, n° 9: « Les artisans ne sont pas réputés commerçants, lorsqu'ils se bornent à exercer leur état. Cependant on considère comme actes de commerce les achats qu'un artisan fait pour exercer son industrie, parce qu'il serait injuste de refuser au marchand dont il achète les marchandises, les garanties que lui offre la loi commerciale. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cette décision nous paraît devoir être suivie dans toutes circonstances. En conséquence, la société que formeraient deux serruriers, menuisiers ou autres artisans, les engagerait commercialement vis-à-vis de leurs fournisseurs. »

(4) Art. 31 et 8 de la loi du 21 avril 1810.

(5) Cassation, 7 février 1826 (DALLOZ, XXVI, 1, 157; SIREY, XXVII, 1, 137). — 24 juin 1829 (DALLOZ, XXIX, 1, 280). — 15 avril 1834 (DALLOZ, XXXIV, 1, 195; SIREY, XXXIV, 1, 600). — 10 mars 1841, ch. civ., cassat. (SIREY, XLV, 1, 355), et qui doit, ce semble, fixer la jurisprudence.

Rennes, 13 juin 1833 (SIREY, XXXIV, 2, 222).

Décision du conseil d'État du 7 juin 1836, qui refuse de soumettre à la patente une société formée entre des concessionnaires de mines (DALLOZ, XXXVII, 3, 135).

Aix, 12 mars 1840 (SIREY, XLI, 2, 483).

Argum. d'un arrêt de Liége du 25 déc. 1818 (DALLOZ, *Société*, 141).

Il s'agissait d'une mine d'alun constituée en société anonyme par actions.

Add. *Jurisprudence.* — Une société formée pour l'exploitation d'une mine, n'est pas une société commerciale, et par suite elle n'est pas assujettie pour sa validité aux formalités requises pour les sociétés anonymes (art. 37, 40 et suiv. du code de commerce). 14 décembre 1839, cass. de Belg.; *Bull.*, 1839, p. 423 et 298.

(6) *Des sociétés par actions*, 1837; *Législation comm.*, t. I, p. 353.

(7) 22 juin 1833 (SIREY, XXXIII, 2, 547).

(8) SIREY, VII, 2, 1206; DALLOZ, *Société*, p. 140.

(9) SIREY, XXVIII, 1, 418.

(10) SIREY, XLI, 2, 483.

autorités aux autorités, et l'une des questions les plus claires du droit est devenue l'une des plus controversées (1).

328. A mon avis, il n'y a pas à balancer.

En principe, rien de plus faux que de s'attacher à la forme, comme le fait Vincens (2). La société civile n'a pas été emprisonnée dans telle ou telle organisation sacramentelle. Des statuts particuliers peuvent former sa constitution de tous les pactes qui ne sont pas illicites, et rien n'empêche d'importer dans la société civile quelques-unes des formes ou des obligations qui distinguent plus particulièrement les sociétés commerciales; de tels emprunts ne changent pas la nature des choses.

J'ai donné ci-dessus des exemples de sociétés par actions qu'il serait ridicule de considérer comme des sociétés de commerce (3). Les compagnies anonymes d'assurances mutuelles sont déclarées par la jurisprudence étrangères à tout acte de commerce, malgré leur organisation en tout conforme à la société anonyme, reconnue par le code de commerce (4). Dans d'autres matières, la cour de cassation et les tribunaux ont refusé de voir des sociétés commerciales dans des sociétés anonymes formées entre non-commerçants pour des entreprises non commerciales (5). Enfin, la loi des mines elle-même suppose que des sociétés par actions existent pour l'exploitation des mines (6); ce qui ne l'empêche pas de déclarer que l'exploitation des mines n'est pas un commerce (7), et par conséquent que les sociétés en question fonctionnent en dehors du mouvement commercial. Sans doute, l'émission d'actions est presque toujours une spéculation; mais quand cette spéculation s'adresse à un objet civil, ce serait tout confondre que d'en faire un acte de commerce.

Voilà quels sont les principes. Vincens les a perdus de vue.

329. Mais ma critique s'étend-elle également aux arrêts dont on a coutume de flanquer le système de cet auteur? C'est ici que des distinctions sont nécessaires pour se faire des idées justes sur l'état de la jurisprudence. On a trop souvent confondu des positions, que les arrêts ont eu le mérite de classer suivant leurs nuances diverses.

Et d'abord l'exploitation d'une mine est sans doute par elle-même un acte civil. Mais une société formée pour l'exploitation d'une mine peut grouper autour de cette entreprise des spéculations auxiliaires, fortement empreintes du caractère commercial. Pourquoi dès lors conservera-t-elle le privilége de rester

---

(1) De bonnes idées ont été développées sur ce sujet par Cotelle (*Droit administratif appliqué aux travaux publics*, t. II, page 223), et par Duvergier, *Société*, n° 485; mais ces auteurs n'ont pas assez distingué les nuances des arrêts cités par eux et leurs adversaires.

Add. Voici les observations de Duvergier: « Tout en reconnaissant qu'en général c'est l'objet de l'association qui lui imprime le caractère civil ou commercial, quelques jurisconsultes ont pensé que, si le capital social est divisé en actions au porteur, il n'y a plus lieu d'examiner la nature des opérations; que cette seule circonstance rend la société commerciale.

« Cette opinion est irréfléchie. Elle ne supporte pas un examen attentif.

« Le seul argument qu'on présente pour la soutenir, consiste à dire que l'appel des capitaux par la création d'actions au porteur, est un acte de commerce; qu'en faire usage, c'est frapper du type commercial les transactions auxquelles doivent être consacrés les fonds, et par conséquent la société qui a ces transactions pour objet.

« Il y a deux réponses à ce raisonnement. D'abord, la représentation de parts d'intérêts par des titres appelés *actions*, la transmissibilité de ces titres par la tradition manuelle ou par l'endossement, ne sont pas des combinaisons essentiellement commerciales. En second lieu, le fussent-elles, elles ne transformeraient point en société de commerce une société civile de sa nature.

« Il est vrai que les titres au porteur, ou cessibles par un simple endossement, sont plus fréquemment employés dans les relations mercantiles que dans les transactions civiles. Mais il est incontestable qu'un billet à ordre souscrit par un non-commerçant, circule au moyen d'endos successifs, tout aussi bien que la lettre de change qui sort du portefeuille d'un banquier; et que, malgré ce mode de transmission, il conserve son caractère de billet purement civil.

« Également, aucun texte, aucun argument juridique n'établit que les titres au porteur soient, plus que les effets à ordre ou transmissibles par endossement, essentiellement commerciaux.

« Ainsi, loin de dire qu'une société devient commerciale par cela seul que les parts d'intérêts sont représentées par des actions à ordre ou au porteur, il faut reconnaître que ces actions ne sont elles-mêmes des titres commerciaux qu'autant que la société a pour objet des affaires de commerce.

« N'en fût-il pas ainsi, fallût-il considérer la forme des titres comme déterminant leur caractère, on n'en devrait rien conclure quant au caractère de l'association.

« On divise le fonds social en actions à ordre ou au porteur, pour offrir aux capitalistes, outre les avantages que présente l'affaire en elle-même, celui de pouvoir négocier facilement, rapidement et sans frais, leurs droits dans la société. Quand les sommes nécessaires sont réunies, la combinaison, qu'on voudrait faire réputer commerciale, est accomplie. Pourquoi exercerait-elle une influence sur les opérations sociales? Celles-ci ne sont-elles pas complétement indépendantes du moyen qui a été mis en œuvre pour attirer vers elle les capitaux? L'exploitation d'un fonds de terre, acte étranger au commerce, serait-elle donc commerciale, parce que l'argent indispensable à cette exploitation aurait été obtenu à l'aide de procédés commerciaux? Évidemment non. Tout au plus pourrait-on admettre que ceux qui se seraient unis dans l'emploi de ces procédés, auraient fait entre eux une première association commerciale, pour parvenir à fonder une société civile. C'est ce que décide un arrêt de la cour de cassation, du 30 avril 1828.

« Il est vrai que, pendant toute la durée de la société, les titres circuleront au moyen d'endossements ou se transmettront de la main à la main; mais ces transmissions, quelle que soit la qualification qu'on leur donne, seront personnelles aux associés, et complétement étrangères à la société. Il est donc impossible que sa nature en soit affectée.

« J'ai été appelé avec plusieurs de mes confrères à examiner précisément la question que je viens de traiter. On nous demandait si une société formée pour l'exploitation d'une mine pouvait être réputée commerciale parce que le fonds social était divisé en actions. Après une délibération qui a occupé plusieurs séances, nous avons répondu négativement. Il est vrai que la législation spéciale sur les mines fournissait une raison toute particulière de décider; car elle dispose, au moins implicitement, qu'une société, même par actions, est civile lorsqu'elle a pour objet l'exploitation des mines. Mais nous avons posé le principe général, que c'est l'objet d'une société, et non sa forme, qui lui donne le caractère de société de commerce.

« Si la jurisprudence présente encore quelque incertitude, sa tendance est évidemment favorable à l'opinion que j'ai émise. »

(2) *Suprà*, n° 143.

(3) N° 143.

(4) Rouen, 9 octobre 1820; Douai, 4 décembre 1820 (Dalloz, v° *Commerce*, p. 739, 740). — Cassat., 15 juillet 1829 (Dalloz, XXIX, 1, 407; Sirey, XXIX, 1, 316).

(5) Arrêt de cassation du 23 août 1820 (Sirey, XXI, 1, 273; Dalloz, t. XII, p. 88). — Paris, 11 décembre 1830 (Dalloz, XXXI, 2, 140).

(6) Art. 8 et 13.

(7) Art. 32.

société civile, lorsqu'une partie notable de ses opérations dégénère en actes de commerce? Faisons-y attention! Il ne s'agit pas, comme dans l'hypothèse de Vincens, de décider que la société est commerciale par cela seul qu'elle est anonyme, ou que son capital est divisé par actions. Loin de là! on cesse de s'arrêter à une forme superficielle; on entre dans le fond des actes sociaux; on examine les fonctions de la société, et si son mouvement embrasse diverses opérations dont plusieurs appartiennent au commerce, on la déclare commerciale à cause de son objet et de son but. Or, c'est dans une espèce de ce genre qu'a été rendu l'arrêt de Bordeaux. Par la nature des stipulations de l'acte social, par les diverses opérations commerciales que la société comprenait (l'arrêt le dit en propres termes), le caractère civil de l'exploitation de la mine avait été dominé par le caractère commercial que la société s'était donné. Il n'y a rien à reprendre dans cette décision. Le tout est de la comprendre, et c'est ce qu'on n'a pas toujours fait.

Maintenant, nous laisserons à l'écart l'arrêt de Bruxelles rendu avant la promulgation de la loi sur les mines. Quant à l'arrêt de la cour de cassation du 30 avril 1828, il est à remarquer que la partie, qui voulait enlever à l'association son caractère commercial, avait acquiescé à des jugements qui le lui imprimaient, et qu'ainsi une fin de non-recevoir s'élevait contre sa prétention. Au surplus, à travers une certaine obscurité dans l'enchaînement des faits, on aperçoit, par les motifs, qu'il ne s'agissait pas d'une exploitation qui dut avoir lieu sous la direction et pour le compte des concessionnaires, mais seulement d'une spéculation de commerce à l'effet de trouver des actionnaires. Enfin, la société dont il s'agit n'était pas anonyme; son capital n'était pas divisé par actions. On le voit : c'est là un arrêt d'espèce : il ne peut tirer à conséquence (1).

Reste l'arrêt de la cour royale de Paris. Celui-là, il faut l'avouer, est motivé dans le sens de Vincens. Les considérants donnent à la forme de la société une valeur qu'elle ne saurait avoir. Mais, en réalité, je suis enclin à penser que les motifs outre-passent la pensée du dispositif, et ne rendent pas avec assez de fidélité la raison fondamentale de la décision. De quoi s'agissait-il, en effet? D'une société formée pour l'exploitation des mines de houille d'Unieux et Fraisse, concédées à un sieur de Villeneuve. La société s'était constituée en commandite; elle avait pris une raison commerciale; les statuts portaient qu'il y avait dans l'entreprise *des parties commerciales* confiées à la direction du gérant (2); que les contestations entre le gérant et les associés seraient *jugées par deux arbitres* nommés par le président du tribunal *de commerce* de la Seine (3). Enfin, le rapport fait au conseil de surveillance par le conseil du contentieux se terminait ainsi (4) :

« *Une société commerciale* qui s'annonce avec tant « de loyauté, obtiendra sans doute l'approbation « qu'elle sollicite. » — Or, c'est dans ces circonstances que le gérant venait prétendre qu'il n'était pas justiciable du tribunal de commerce!!! Sa prétention devait échouer, et elle échoua. Seulement l'arrêt n'est pas motivé avec exactitude. Mais il est évident qu'il se rapproche beaucoup de l'espèce jugée par la cour royale de Bordeaux, et qu'il se défend par les mêmes raisons. Nous verrons même au numéro 331 qu'il y a un nouvel aperçu qui le rend tout à fait inattaquable.

330. Mais après avoir fait ces concessions à l'empire des faits, nous maintenons qu'en principe une société pour l'exploitation d'une mine est civile, quelles que soient sa forme et sa constitution; que seulement elle peut cesser d'être telle, alors qu'elle sort de son objet et qu'elle se complique d'opérations commerciales qui absorbent le caractère primitif de la société.

331. Ceci nous conduit à une autre concession que voici : si les concessionnaires, en se réunissant en société, déclarent, par une manifestation expresse de volonté, que leur société est une société commerciale et non une société civile, cette volonté est légale; elle doit sortir à effet; on ne serait pas reçu à venir soutenir après coup que la société n'a pu être dépouillée de son caractère civil. Ici revient l'arrêt de la cour royale de Paris du 19 août 1840 (5), que je citais tout à l'heure; je le corrobore d'un arrêt de la cour de Dijon (6), beaucoup plus fortement rédigé et bien plus exact dans la combinaison du point de droit avec le point du fait. Je soutiens que les concessionnaires sont maîtres de renoncer au bénéfice de la loi du 21 avril 1810. Pour augmenter leurs moyens d'exploitation et leur crédit, ils ont pu se constituer commerçants et s'assujettir à toutes les obligations d'une profession ouverte à tout le monde. Avant la loi de 1810, l'exploitation des mines était considérée en général comme un commerce; on voyait en elle une industrie dont le but était de livrer à la consommation des produits marchands. Depuis, le législateur, voulant diriger vers cette industrie les capitaux civils et lui associer des personnes que leur position et leurs idées éloignent du commerce, en a fait une industrie purement civile; mais il ne résulte pas de cette innovation que les parties, mues par un plus grand intérêt, ne puissent se placer sur un terrain moins privilégié et assumer la grave responsabilité qui s'attache à la qualité de commerçants. *Convenances vainquent la loi*, comme dit Loysel. Un propriétaire, qui vend les produits de son cru, n'est pas commerçant, d'après l'art. 638 du code de commerce, et la juridiction commerciale ne saurait l'atteindre de plein droit. Mais conclurez-vous de là qu'un propriétaire de vignes, qui récolte de grandes quantités de vins, ne pourra pas s'ériger en commerçant pour ouvrir à ses produits de plus vastes débouchés? Direz-vous qu'un grand propriétaire de bois ne pourra pas faire le commerce avoué et patenté des bois, avec les coupes de ses forêts? Non certainement; vous laisserez ce propriétaire de vignes ou de forêts abdiquer, dans son intérêt, le privilége que la loi n'avait créé que pour son intérêt. Or, la loi de 1810 a fait pour les mines ce que l'art. 638 du code de commerce a fait pour les propriétaires d'immeubles; donc il n'est pas plus interdit à ceux-là qu'à ceux-ci de recourir à la qualité de commerçants pour donner une base plus large à leur crédit et à leurs opérations. Le tout est de ne pas leur prêter légèrement une volonté qui ne se présume pas. Là-dessus, on consultera les circonstances. On n'admettra que des faits graves, précis, concordants.

(1) Add. Cet arrêt est critiqué dans le *Traité sur la législation des mines*, par A. Delebecque, n° 869.

(2) J'ai en main les statuts qui portent, art. 15 : « Le gérant « réglera le régime intérieur et extérieur de la société, nommera « aux emplois d'ingénieurs et conducteurs de travaux des mines, « fixera les appointements et salaires, *dirigera enfin toutes les* « *parties commerciales de l'entreprise.* »

(3) Art. 39.

(4) Page 7.

(5) Sirey, XLI, 2, 484.

(6) 26 avril 1841 (Sirey, XLI, 2, 482).

Les stipulations de l'acte de société, leur application à imposer aux associés certaines obligations particulières dans les associations commerciales, la publication et l'enregistrement dans les tribunaux de commerce, la soumission à l'arbitrage imposé par le code de commerce, les opérations diverses qui se lient à l'exploitation et qui revêtent un caractère commercial, tout cela sera pris en considération et pourra conduire logiquement à faire admettre une renonciation au privilége de la loi de 1810.

332. J'ai traité des sociétés formées pour l'exploitation d'une mine concédée, et érigée par conséquent en propriété distincte de la superficie.

Mais souvent des sociétés s'organisent en vue d'une concession à obtenir, et l'on a prétendu que ces sociétés devaient être rangées dans le nombre des sociétés de commerce, parce que tant que la concession n'a pas eu lieu, elles agissent sur la propriété d'autrui et ne peuvent se comparer au propriétaire qui utilise son immeuble. La cour royale de Nancy a proscrit ce système par arrêt du 28 novembre 1840 (1), et sa décision doit être approuvée. Les art. 8, 13 et 31 de la loi du 21 avril 1810 donnent aux individus réunis en société, aussi bien qu'à ceux qui agissent isolément, le droit de demander et la possibilité d'obtenir une concession de mine. Il faut donc que la réunion en société puisse précéder la demande et l'autorisation. Peu importe que des travaux et des fouilles aient été faits avant la concession sur un terrain dont la société n'était pas propriétaire. Ces travaux et ces fouilles sont un préliminaire presque toujours indispensable pour constater l'étendue et la richesse des gîtes minéraux ; ils ont pour but d'appuyer la demande sur des bases que le gouvernement puisse approuver. Plus d'une demande en concession a été repoussée, parce que l'absence de travaux de recherches la privait de l'élément qui seul permet de savoir s'il existe vraiment une mine à concéder (2).

333. Mais suit-il de là qu'une société formée pour la recherche d'une mine est une société civile? Une distinction éclaircira cette question et permettra de la résoudre.

Ou cette société se compose de plusieurs explorateurs, qui ont réuni leurs efforts pour découvrir un gîte minéral déterminé dont ils veulent obtenir la concession, et alors cette société est purement civile, quand même ses recherches et ses travaux auraient lieu sur le fonds d'autrui (3). Quel est, en effet, le but de cette société? Fonctionne-t-elle pour une opération de commerce? Nullement. Dans l'espérance d'une découverte heureuse, elle se prépare une concession qui est le but final de ses efforts, et cette concession créera à son profit une propriété dont l'exploitation est civile par sa nature : ses opérations préliminaires de sondage ne sont donc pas des actes de commerce; aucune pensée de négoce ne les dirige ; la société n'est préoccupée que de la création d'une propriété civile qui sera sa récompense. Quand cette création aura eu lieu, ce sera à elle de voir comment il lui convient de se constituer pour l'exploitation ; elle décidera si l'organisation commerciale, avec ses moyens de crédit, lui offre plus d'avantages, malgré ses chances, qu'une organisation civile. Mais avant la découverte de la mine il ne peut y avoir entre les explorateurs qu'une société civile, parce que le négoce n'est pas le mobile de cette association.

334. Ou bien la société se forme, non pas pour obtenir pour elle-même la concession de la mine qui sera découverte, mais pour mettre son industrie au service de personnes qui, avant de demander une concession, veulent faire faire par des hommes de l'art des travaux préparatoires dont elles-mêmes se considèrent comme incapables ; et alors cette société sera une société de commerce, parce qu'elle se livrera à des actes qui rentrent dans les entreprises d'agence. Supposez qu'il existe une entreprise de sondage et forage pour la recherche des mines, puits artésiens, etc., et que cette entreprise soit le fait d'une société qui loue son industrie aux amateurs de ces recherches, dont elle se fait l'agent. Il n'y a rien de forcé à la classer parmi les agences que le code de commerce place au nombre des entreprises commerciales.

335. Mais revenons à l'exploitation même des mines, dont cette courte digression nous a éloignés.

Une mine concédée peut être louée (4). La société, formée pour exploiter le bail sera-t-elle une société civile? On ne saurait le nier raisonnablement, à moins que l'on ne rencontrât quelques-unes des circonstances particulières dont je parlais plus haut. Puisque le fermier d'un bien rural n'est pas assimilé à un négociant, pourquoi fera-t-on un commerçant du fermier d'une mine? Il se livre à une exploitation qui n'est pas moins civile que l'exploitation d'une ferme (5), et la société qu'il contracte est caractérisée par son objet.

336. Il pourrait y avoir plus de difficulté si la mine n'était pas concédée, et si néanmoins le propriétaire en avait loué l'exploitation à une société. En théorie, cependant, je ne verrais pas nécessairement, dans ce cas, une situation commerciale nettement dessinée. Avant la concession, les produits de la mine appartiennent au propriétaire du sol par accession ; la location, qui en est l'objet, peut bien être contraire aux réglements d'administration publique, mais elle ne constitue pas de plein droit un acte de commerce.

Vainement on argumenterait d'un arrêt de la cour de Montpellier du 28 août 1833 (6), qui a refusé d'appliquer l'art. 32 de la loi du 21 août 1810 à un individu qui faisait des extractions habituelles de houilles, sur une mine concédée dont il n'était pas propriétaire, et qui ensuite revendait les produits. En lisant l'arrêt de la chambre des requêtes du 15 décembre 1835 (7), qui rejeta le pourvoi, il est facile de voir que la cour de cassation n'a voulu engager aucun principe de droit. Un extracteur des produits d'une mine, qui, par une suite d'actes habituels, achète ces produits au propriétaire pour les revendre, peut tout aussi bien être un commerçant que le marchand de vins ou de bois qui achète au propriétaire le produit de ses vignes ou les coupes de ses forêts. C'est à ce point de vue que s'est placée la cour suprême, et je crois que c'était aussi celui de la cour royale de Montpellier.

337. L'exploitation des carrières ne jouit pas du même privilége que l'exploitation des mines, et il serait bien difficile de ne pas considérer comme société de commerce celle qui se formerait pour louer une carrière et en vendre les produits (8). Il a même été jugé que, lorsque le locataire de la carrière associe le

(1) DALLOZ, XLI, 2, 81-82.

(2) COTELLE, t. II, p. 79; *Annales des mines*, 3e série, 1836, t. X, p. 618.

(3) Paris, 11 janvier 1841 (DALLOZ, XLI, 2, 114).

(4) Mon *Comm. du Louage*, t. I, n° 93.

(5) Aix, 12 mars 1841 (SIREY, XLI, 2, 484).

(6) SIREY, XXXIV, 2, 557; DALLOZ, XXXIV, 2, 56.

Add. Cet arrêt est critiqué par A. DELEBECQUE, *Traité sur la législation des mines*, n° 871.

(7) SIREY, XXXVI, 1, 333; DALLOZ, XXXVI, 1, 67.

(8) Caen, 26 janvier 1836 (DALLOZ, XL, 2, 222).

propriétaire à son exploitation, ce dernier entre dans le commerce du premier (1). On doit, cependant, distinguer si le propriétaire est venu participer à une entreprise commerciale déjà formée, ou bien si c'est lui qui a groupé autour d'un simple acte de propriété une association nécessaire pour le conduire à fin. Dans le premier cas, la société est commerciale; elle est civile dans le second.

Je suis propriétaire d'une carrière, je m'associe des ouvriers mineurs pour extraire la pierre, et un voiturier pour la conduire dans un dépôt situé au bourg voisin; que fais-je autre chose, sinon tirer parti de mon immeuble et en vendre les produits? Or, pourquoi l'association, qui me vient en aide, transformerait-elle en acte de commerce un fait qui serait acte de propriétaire, s'il était fait par moi seul?

338. Cette manière de voir donnera la clef de beaucoup de questions sur le caractère des sociétés. Toutes les fois qu'une propriété civile est exploitée par une société, comme le ferait le propriétaire livré à ses seules forces, la société est civile.

Ainsi, j'achète des immeubles; mais, pour les mettre en valeur, j'ai besoin de capitaux, et je m'associe des bailleurs de fonds; notre société bâtit des fermes, fait des défrichements, opère des coupes de bois, construit des scieries, afferme des étangs, revend en détail des portions de nos domaines. Cette société, malgré l'étendue de ses opérations, est une société qui n'est pas commerciale.

Le comte de Montmarie avait acquis de la maison d'Orléans tous les droits et actions qu'elle pouvait posséder sur les domaines engagés du Cotentin. Montmarie forma avec plusieurs individus une société, qui prit le nom de *Compagnie des domaines engagés du Cotentin*, dans le but d'exploiter et de liquider les domaines et droits cédés par la maison d'Orléans. Un arrêt de la cour de cassation, du 8 novembre 1836, considéra avec raison cette société comme civile (2).

339. Et cela explique à merveille un arrêt de la cour de cassation, du 15 août 1820 (3), qui a déclaré société civile une société par actions, connue sous le nom d'*entreprise du Pont-Neuf*, à Lyon, laquelle consistait dans la jouissance d'un droit de péage, concédé à une société préexistante qui avait fait la construction du pont. Cette société, une fois son œuvre accomplie, s'était fondue en une société nouvelle anonyme, dans laquelle le droit de péage avait été apporté; son unique but était d'en recueillir les produits et de les partager. C'était l'association appliquée à la propriété d'un droit incorporel.

340. Il suit de là que la propriété immobilière n'est pas la seule dont l'exploitation se traduise en actes civils; c'est pourquoi l'auteur d'un ouvrage d'art ou d'esprit qui s'associe avec un autre auteur pour conduire son œuvre à fin, sauf à partager les bénéfices de l'entreprise, ne fait pas une société de commerce.

La cour royale de Paris a eu à juger l'espèce suivante : Declagny, voulant publier, par le moyen de la gravure, une collection de vases étrusques, s'associe un sieur de Maisonneuve, homme de lettres, qui, d'une part, coopère à la composition, et qui, de l'autre, fournit les fonds pour éditer. Le tribunal de commerce s'était demandé si Maisonneuve n'était pas plutôt un simple bailleur de fonds spéculant sur le talent d'autrui, et l'affirmative lui avait paru plus vraisemblable; ce n'était, du reste, qu'une appréciation des faits de la cause. Mais, sur l'appel, la cour royale, par son arrêt du 16 décembre 1837, maintint à Maisonneuve le rôle qui découlait de sa qualité d'homme de lettres et de créateur d'un ouvrage d'art. Elle décida avec raison qu'une telle société n'avait rien de commercial (4).

341. On peut assimiler à la propriété littéraire les talents de l'esprit dont le professeur tire parti par l'enseignement rétribué. Le jurisconsulte Paul parle de deux grammairiens qui avaient contracté une société pour propager leur science et partager les produits de leurs leçons (5). A Rome, où l'on ne connaissait pas la distinction entre les sociétés de commerce et les sociétés civiles, on n'avait pas à agiter la question qui nous préoccupe ici. Chez nous, une telle société serait purement civile, comme toutes celles qui ont pour objet la direction de maisons d'éducation (6).

342. Si l'on voulait procéder par analogie, il faudrait décider que les comédiens, les chanteurs, les musiciens, qui forment une société pour donner des représentations théâtrales, ne font qu'une société civile; car eux aussi utilisent des talents, qui sont une propriété précieuse dans le domaine des arts. Néanmoins, il n'en est pas ainsi; toute entreprise de spectacles publics est une opération de commerce (art. 632 du code de commerce). La jurisprudence a même été beaucoup plus loin; car l'on juge maintenant, sans contradiction, que l'engagement contracté par un acteur avec un directeur de spectacle est un acte de commerce (7); mais réputer actes de commerce les roulades d'un chanteur et les pirouettes d'une danseuse, n'est-ce pas pousser un peu loin l'usage des tropes judiciaires?

343. Mais revenons à la propriété. Après avoir parlé des associations dont l'objet principal et direct est de mettre en valeur une propriété civile, il faut dire un mot des sociétés qui se forment entre propriétaires pour la protéger contre les fléaux de la nature.

J'ai signalé ci-dessus le côté purement civil des associations d'assurance mutuelle contre l'incendie, la grêle, etc., etc. (8). Comment seraient-elles commerciales, puisqu'elles sont dépourvues des tendances qui servent de mobile au commerce?

344. D'autres associations existent sur un autre plan dans un but analogue; la Provence en offre de très-anciens exemples. On y connaît l'*œuvre* de la Durance, dont le but est de préserver le territoire des inondations de cette rivière.

De plus : le territoire d'Arles est défendu contre les marais et contre la mer, par vingt-sept associations territoriales. On cite celle des vidanges des eaux du Trebon, du plan du bourg et de la Costière de Rau. Elle fut constituée par acte du 2 mars 1543. Des possesseurs de domaines s'unirent en association pour arriver, par des travaux d'assainissement et de vidanges faits à frais communs, à se protéger contre la contagion du mauvais air et contre les inondations. Ces travaux, conçus sur une grande échelle, consistaient en creusement et curage de canaux, endiguements, et

(1) Bordeaux, 29 février 1832 (DALLOZ, XXXII, 2, 95).

(2) SIREY, XXXVI, 1, 811.

(3) DALLEZ, t. XII, p. 88, note 3; SIREY, XXI, 1, 273.

(4) DALLOZ, XXXVIII, 2, 33.

(5) L. 71, D. *Pro socio*.

(6) Paris, 19 mars 1814 (DALLOZ, tome II, p. 694); 11 juillet 1829 (DALLOZ, XXIX, 2, 189); Douai, 14 février 1827 (DALLOZ, XXVIII, 2, 43).

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN. Voy. *suprà*, n° 325.

(7) Paris, 11 juillet 1825 (DALLOZ, XXV, 2, 218). *Contrà* PARDESSUS, t. I, n° 46.

(8) DALLOZ, t. II, p. 739, 740; cassat., 15 juillet 1829 (SIREY, XXIX, 1, 316; DALLOZ, XXIX, 1, 407).

autres nécessaires pour garantir les propriétés comprises dans la société. On sent qu'une association était le seul moyen de mettre de l'unité, de l'ordre, de la suite, dans cette lutte contre les éléments : des lettres patentes avaient autorisé cette association, et depuis sa fondation elle ne cessa de se livrer, avec des chances plus ou moins heureuses, à l'objet de son entreprise. C'est dans ce but que, le 15 juillet 1642, elle traita avec un habile ingénieur hollandais, nommé Van Ens, qui se chargea de dessécher à ses dépens, risques et fortunes, tous les palus, marais et terres inondées, des quartiers compris dans le territoire de l'association. Celle-ci abandonnait au dessiccateur les deux tiers des terrains desséchés ; le reste devait appartenir aux propriétaires. Des difficultés graves surgirent entre les propriétaires et Van Ens ; une transaction du 4 janvier 1678 les aplanit; mais à la fin du siècle dernier, l'œuvre de desséchement éprouva des revers tels que l'association se trouva réduite à l'impuissance. Le 14 floréal an XI parut la loi sur le curage des canaux, et, deux ans après, un décret du 4 prairial an XIII reconstitue une entreprise si importante pour la salubrité et la fertilité du pays. D'après son ancienne, comme d'après sa nouvelle constitution, l'association forme un corps moral (1) ; elle est représentée par trois syndics ; les délibérations sont prises à la majorité des membres présents; le pourvoi contre ses décisions est porté au conseil de préfecture, sauf recours au gouvernement (art. 44 du décret du 4 prairial an XIII). Les associés qui croient que des travaux sont nécessaires adressent leur demande à l'association, qui statue suivant qu'il vient d'être dit. Ils ne sont pas admis à intenter des actions en justice contre les syndics pour les dommages qu'ils prétendraient occasionnés à leurs propriétés comprises dans l'association par le mauvais état et le défaut d'entretien des canaux. L'art. 44 du décret attribue à l'autorité administrative la connaissance de toutes les contestations relatives à la confection des travaux. Sans quoi l'anarchie déchirerait l'association ; il pourrait y avoir autant de procès distincts que de membres dans ce corps, et ses ressources pour le desséchement s'épuiseraient en frais de justice.

Les principes que nous avons exposés ci-dessus (n°13) montreront quand et dans quelles circonstances ces associations territoriales sont ou ne sont pas des sociétés proprement dites. Mais, dans tous les cas, elles sont purement civiles ; elles ont toujours été envisagées sous ce point de vue.

Du reste, ce n'est pas seulement dans la Provence que l'esprit d'association a fait naître de telles compagnies. On en trouve dans le département de la Gironde, et leur existence remonte à plus de deux siècles. Je citerai la communauté des marais des Flamands, située sur le territoire de Blanquefort, près de Bordeaux. Ces communautés sont administrées par des commissions syndicales, qui défendent leurs intérêts et les représentent en justice, comme j'en ai vu un exemple dans un arrêt de la cour de cassation du 4 avril 1842 (Capelle, contre de Tauxia).

345. On aurait tort de mettre sur la même ligne que les associations formées entre propriétaires, celles qui sont constituées par des spéculateurs, sous le nom d'assurances *à prime* (2). Il n'y a pas de raison pour les faire d'un autre ordre que les compagnies d'assurances maritimes placées par l'art. 633 au nombre des opérations commerciales.

346. Et puisque j'ai parlé des assurances, je dirai qu'il faut aussi considérer comme commerciales les compagnies d'assurance contre les chances du recrutement militaire. Elles font une sorte de commission pour autrui et par intermédiaire; elles sont cumulativement entreprises d'agence, de bureau d'affaires et de courtage (3).

347. Les sociétés d'assurances sur la vie humaine sont aussi des sociétés de commerce, comme les compagnies d'assurances maritimes (4).

348. Passons à présent à un autre ordre de combinaisons industrielles.

Les entreprises de travaux recourent presque toujours à l'association pour se mouvoir sur une base solide ; mais les sociétés pour constructions sont-elles commerciales ou civiles? La jurisprudence varie sur ce point à l'infini.

349. En 1829, une société est formée pour la construction d'un marché : le contrat lui donne le nom de *société civile*. Il stipule que des terrains seront achetés, et qu'on revendra pour le compte de la compagnie ceux qui seront inutiles pour la construction du marché. Notez que des actions au porteur sont créées. La durée de la société est fixée à quatre vingt-dix ans.

Par arrêt du 11 décembre 1830, la cour royale de Paris a décidé que cette société n'était pas commerciale. Les associés, dit l'arrêt, n'ont pas voulu contracter une société de commerce, et ils n'ont, en effet, contracté qu'une société civile, autorisée par les articles 1841 et 1842 du code civil (5).

Cette décision est bonne. Des citoyens veulent contribuer à l'embellissement de leur ville; ils veulent fonder un établissement qui tourne à l'utilité de la cité. Ce n'est pas un esprit de trafic qui les domine. Sans doute, ils entendent que leur spéculation ne leur sera pas préjudiciable; ils espèrent retirer un bénéfice de leurs avances. Mais qu'importe? ce n'est pas là ce qui caractérise la société de commerce; car toute société est formée dans la vue d'un bénéfice à partager (art. 1832). Ce qui est décisif, c'est qu'ils n'ont pas voulu se livrer à une opération de commerce.

Même décision dans un arrêt de la cour royale de Paris, du 28 août 1841 (6). MM. de Doudeauville, de Valmy, de Pérignon, de Longuève, etc., etc., avaient formé une société pour ouvrir à Orléans une large et belle rue. Cette société devait acheter de vieilles maisons, les démolir, en vendre les matériaux, faire de nouvelles constructions, et les revendre ou les louer. La cour royale fut frappée surtout du but de cette société, qui avait été de procurer un embellissement à une ville riche et populeuse ; société qui agissait de concert avec le conseil municipal pour faire prévaloir

(1) La transaction du 4 janvier 1678 lui donne ce titre : *le corps des vidanges*.

(2) Paris, 23 juin 1825 (DALLOZ, XXV, 2, 216); cass., 8 avril 1828 (arrêt de cassation) (DALLOZ, XXVIII, 1, 204).

Add. Cette opinion, admise en France par la plupart des auteurs, notamment par MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 10; CARRÉ, *Comp.*; GAUN et JOLYOT; ORILLARD; BIOCHE, v° *Acte de commerce*, n'est pas suivie en Belgique. Les cours de Liége et de Bruxelles ne voient dans ces sociétés qu'un caractère tout civil, parce qu'elles n'admettent pas à leur égard l'extension du principe relatif aux assurances maritimes (Bruxelles, 2 et 6 décembre 1837; 1er décembre 1838 ; J. de B., 1838, p. 496; 1839, p. 42. — Liége, 4 juillet 1840; J. de B., 1841, p. 317).

(3) Grenoble, 19 juillet 1830 (DALLOZ, XXXI, 2, 181); tribunal de commerce de Paris, 10 janvier 1834 (DALLOZ, XXXIV, 3, 41).

(4) MALEPEYRE, n° 10.

(5) DALLOZ, XXXI, 2, 140.

(6) *Gazette des tribunaux* du 16 septembre 1841.

les plans les plus élégants, et qui avait si peu en vue de faire une opération commerciale, qu'elle comptait sur une indemnité à obtenir du gouvernement!

Mais voici un arrêt rendu par la cour royale de Paris dans une espèce bien moins favorable. C'était une société formée entre un tailleur de pierres et un charpentier pour la construction d'une église (1). Il est évident qu'ici aucune idée patriotique n'avait été le mobile des associés, lesquels n'avaient cherché que leur intérêt. Néanmoins, la cour décida que cette société était civile. La qualité des associés fut d'abord examinée, et les juges pensèrent, avec raison, que de simples ouvriers ne sont ni commerçants, ni marchands (2). La cour se demanda ensuite si l'achat et la revente des matériaux nécessaires à la bâtisse constituait un acte de commerce; elle se prononça pour la négative, parce qu'en supposant que des matériaux pussent être rangés dans la classe des *denrées* et *marchandises* (art. 632 du code de commerce), l'achat pour revendre n'est acte de commerce qu'autant qu'il est l'acte principal, et non le moyen, l'accessoire (3). Était-ce une entreprise de fourniture? Non, dit encore la cour; car l'entreprise n'avait pas pour objet la délivrance des fournitures, mais la construction d'un bâtiment. Enfin, le code de commerce (article 633) ne range les entreprises de constructions dans la classe des opérations de commerce, qu'autant qu'il s'agit de bâtiments destinés à la navigation intérieure ou extérieure, et la cour applique la règle : *Qui dicit de uno, de altero negat* (4).

Du reste, cet arrêt n'est pas le premier qui ait tranché en ce sens la question entre spéculateurs de profession. Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 22 mai 1819, décide qu'une société faite par un entrepreneur de travaux avec un maçon, pour la construction des voûtes d'un canal, n'est pas une société de commerce; que de telles entreprises sont de simples louages d'ouvrages (5). Un autre arrêt de la même cour, du 5 septembre 1818, refuse le caractère commercial à une société formée entre entrepreneurs pour la construction des fortifications de Charleroi (6).

350. Mais, d'un autre côté, un arrêt de la cour de Caen, du 27 mai 1818, a déclaré commerciale une société formée pour la réparation de chemins publics; par la raison que, pour confectionner ce travail, il fallait acheter des pierres, les fournir et les disposer convenablement (7).

On argumente aussi, en ce sens, d'un arrêt de la cour de Bruxelles, du 23 juillet 1819, qui a vu un acte de commerce dans le fait d'une société qui, pour conduire à fin des travaux de fortifications, avait acheté des matériaux destinés à être employés. Mais cet arrêt se concilie avec celui du 5 novembre 1818, en ce que ce n'est pas la société que l'arrêt du 23 juillet 1819 déclare commerciale; c'est seulement un de ses actes particuliers, à savoir l'achat et emploi des matériaux, qu'elle qualifie acte de commerce justiciable de la juridiction consulaire.

Enfin, un arrêt de la cour royale de Bastia, du 8 avril 1834 (8), décide qu'une société formée entre non-commerçants pour la construction d'un pont sur une route départementale est une société commerciale.

Et Malepeyre et Jourdain sont de cet avis en ce qui concerne les sociétés pour constructions de canal, chemin de fer, etc., etc.; d'abord, à cause de la forme de ces sociétés, qui est presque toujours commerciale; ensuite à cause du développement immense de capitaux qu'elles exigent, ce qui oblige fréquemment l'administration à prendre des obligations à terme envers les entrepreneurs (9). On peut consulter aussi Pardessus, qui est porté à voir un commerce dans les entreprises de travaux dont il s'agit (10).

351. A mon avis, la solution de toutes ces questions dépend beaucoup des circonstances; l'art. 632 du code de commerce est rédigé dans des termes tellement élastiques, qu'on peut les étendre ou les restreindre suivant l'exigence des cas, et passer tour à tour de la loi civile à la loi commerciale, sans compromettre les principes. Cependant une considération domine toute cette matière. S'agit-il d'entrepreneurs de profession? on doit déclarer que leur entreprise est commerciale, et la cour royale de Paris n'y manque pas (11). Leur but est d'acheter des matériaux pour les revendre après emploi; dans la pensée qui les dirige, pensée toute de trafic, leur œuvre se traduit exclusivement en une suite d'actes que l'art. 632 qualifie actes de commerce. La société, formée par ces entrepreneurs pour seconder leur œuvre et en partager les bénéfices, ne peut donc être qu'une société commerciale.

S'agit-il, au contraire, de citoyens qui veulent concourir par leurs efforts à un objet d'art et d'embellissement? Ici, le mobile est tout autre; il est exempt d'esprit mercantile, et l'on ne saurait dire que l'entreprise a directement et précisément pour objet des achats et reventes. Les achats et reventes auxquels elle se livre, ainsi que la mise en œuvre des matériaux, ne sont pour elle qu'un moyen, un accessoire; mais son but véritable est ailleurs; elle obéit à un sentiment plus relevé que l'amour du lucre; elle veut attacher son nom à des améliorations patriotiques, orner la cité, ou la doter d'établissements utiles.

Et quant aux compagnies anonymes, leur intention se jugera par leurs habitudes et par les circonstances au milieu desquelles elles se sont formées. Un bras de rivière sépare une ville d'un centre d'affaires important, et rend les communications difficiles et périlleuses; des citoyens conçoivent le projet d'un pont qui lèvera les obstacles, fera disparaître les dangers et donnera à toutes les classes d'habitants des moyens commodes de multiplier leurs voyages et leurs relations. Pour doter leur cité d'un aussi grand avantage, ils se forment en société anonyme. Je ne dirai pas que cette société est commerciale : le dévouement à l'intérêt public n'est-il pas plus marqué ici que l'intérêt privé?

352. Lorsque des entreprises de transport se lient à des entreprises de construction, la société qui s'y livre est une société commerciale. L'art. 632 du code de commerce range, en effet, les entreprises de transport parmi les actes de commerce; ainsi, une société qui a construit un chemin de fer, et qui ensuite exploite le transport des voyageurs et marchandises par ses wagons, est une société de commerce (12).

---

(1) Arrêt du 31 janvier 1834 (DALLOZ, XXXIV, 2, 191).

(2) DALLOZ, t. II, p. 695, d'après PARDESSUS, t. I, nº 61, et VINCENS, t. I, p. 144.

(3) Voy. cependant LOCRÉ, t. VIII, p. 274; PARDESSUS, t. I, nº 9; VINCENS, t. I, p. 144; DALLOZ, t. II, p. 696.

(4) *Junge* Rouen, 14 mai 1825 (DALLOZ, XXVI, 2, 17).

(5) DALLOZ, t. II, p. 737.

(6) DALLOZ, t. II, p. 737.

(7) *Ibid.*, p. 736.

(8) SIREY, XXXIV, 2, 584; DALLOZ, XXXIV, 2, 182.

(9) Nº 11.

(10) T. I, nº 35.

(11) Arrêt du 11 février 1837, affaire Dène.

(12) MALEPEYRE et JOURDAIN, nº 11.

353. On doit ranger dans la même classe les sociétés pour les transports militaires (1).

354. Mais l'on se tromperait si l'on voulait imprimer le caractère commercial à une société formée avec un maître de poste pour l'exploitation de son brevet. Le maître de poste n'est pas commerçant; il n'est pas soumis à la patente; c'est un agent du gouvernement : chargé d'un service public, il faut qu'il en assure le marche à des conditions déterminées par les règlements d'administration publique (2). C'est vainement qu'on veut en faire un vrai industriel, dont la condition ne diffère du commerçant ordinaire que par le privilége exclusif qu'il tient de l'État (3). Un industriel est maître de vendre ou de ne pas vendre, de varier ses prix, de fermer son magasin : rien de tout cela n'est permis au maître de poste.

355. Une société pour l'exploitation de la ferme d'un bac ne pourrait pas non plus être qualifiée société de commerce, sous prétexte qu'elle est une entreprise de transports. Les fermiers des bacs ne sont que des préposés ou commis du gouvernement pour la perception d'un droit fisc et tarifé qui leur est adjugé : en quoi ils sont bien différents des entrepreneurs de transports qui spéculent sur le prix dont il leur plaît de frapper la marchandise transportée (4).

356. Par les aperçus que nous venons de donner, on s'apercevra que les sociétés civiles sont beaucoup plus nombreuses qu'on ne l'imagine ordinairement. Mais les sociétés de commerce embrassent un horizon bien plus étendu. Toutes les opérations du commerce de terre et de mer tombent dans leur domaine, et peuvent recevoir d'elles le mouvement et la vie. Depuis les compagnies des Indes et la banque de France jusqu'aux petites sociétés nautiques que forment les gens de mer (5), il n'y a pas d'opérations si vastes ou si minimes qu'elles ne puissent embrasser.

357. La matière des sociétés commerciales est aujourd'hui fort compliquée; elle l'était beaucoup moins avant que l'écriture et l'enregistrement n'eussent été introduits par de sages précautions. Ainsi, par exemple, en Italie, cette terre classique du commerce, on ne connaissait que deux sociétés de commerce, la société collective et la société en participation, dont la commandite était une branche. On avait éprouvé d'assez grandes difficultés tout d'abord pour déterminer les obligations des associés à l'égard des tiers : c'est sur ce point que s'était porté tout l'effort de la controverse (6). Mais, à part cela, la matière des sociétés se présentait avec une simplicité telle, que Straccha la réduisait à la responsabilité des associés envers les tiers (7). Au delà, tout dégénérait en questions de fait, dont la principale était celle-ci : Résulte-t-il des circonstances que la société est collective ou en participation?

Depuis ce temps, le commerce a multiplié ses opérations; les affaires sont devenues plus variées, et les sociétés commerciales, dépouillées de leur antique simplicité, ont été assujetties à des formalités protectrices de la confiance et du crédit. Alors sont arrivées des distinctions plus nombreuses; le cercle des sociétés s'est élargi avec le cercle des combinaisons commerciales, et le code de commerce a dû ajouter à la célèbre et sage ordonnance de 1673 d'autres catégories et d'autres combinaisons. Nous tâcherons de faire ressortir la marche de ces progrès.

358. Avant tout, voyons en combien d'espèces se subdivise la société de commerce.

Le code de commerce sera notre guide.

L'art. 19 en reconnaît trois :

La société en nom collectif,

La société en commandite,

La société anonyme.

A cette nomenclature, ajoutons tout de suite l'article 47 qui déclare reconnaître des *associations commerciales en participation*.

§ Ier. — De la société en nom collectif.

359. La société en nom collectif est la première dont s'occupe le code de commerce : autrefois on l'appelait aussi société *générale* (8) ou *libre* (9) : c'est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale (10). Dans cette espèce de société, tous les associés sont obligés solidairement envers les tiers; ils forment un corps dont chaque membre est tenu pour le total des obligations sociales; tous sont présumés faire le commerce par leur ministère réciproque (11); tous se sont donné réciproquement pouvoir de s'obliger. Ils sont procureurs les uns des autres, comme le dit Merlin (12), et comme Deluca l'avait dit avant lui (13); et ils ont annoncé au public que tout ce qui serait fait avec l'un d'eux serait censé l'être avec tous; peu importe que l'argent emprunté par *Pierre et compagnie* ne soit pas versé à la caisse sociale et qu'il soit employé aux affaires particulières de l'associé qui a fait l'emprunt : par l'effet du mandat tacite qui est ici présumé, tous les associés en nom collectif sont censés avoir contracté avec lui : l'obligation pèse solidairement sur tous. La preuve du *de in rem verso* n'est nécessaire qu'autant qu'il n'y a pas de mandat exprès ou tacite; car alors le versement est un indice, un argument pour décider que la dette était sociale. Mais quand il y a mandat exprès ou tacite, la dette est sociale de plein droit, et l'action des créanciers n'a besoin que de ce mandat pour se soutenir. C'est ce qu'explique très-bien Deluca.

Ou voit, du reste, que, de toutes les sociétés commerciales et autres, la société en nom collectif est celle qui impose les obligations les plus étroites et les plus graves.

360. Cette société s'annonce au public par une raison sociale (14). La raison sociale est le symbole de la société; c'est le nom de ce corps moral que l'on distingue des associés pris isolément (15). Casaregis

(1) Cassat., 8 sept. 1808 (Dalloz, t. II, p. 735); Lyon, 30 juin 1827 (Dalloz, XXVIII, 2, 73).

(2) Limoges, 1er juin 1821; Bruxelles, 11 janvier 1808 (Dalloz, t. II, p. 705, et t. VI, p. 619); Malepeyre, no 12.

(3) Pardessus, t. I, no 18; Locré, t. VIII, p. 274; Paris, 6 octobre 1815 (Dalloz, t. II, p. 731).

(4) Nîmes, 13 avril 1812 (Dalloz, t. II, p. 734).

(5) Émerigon en parle dans son *Traité des Assurances*, t. II, p. 399.

(6) Deluca dit que ces questions lui étaient venues plus de cent fois (*de credito*, disc. 87, no 2).

(7) *De contract. mercator.*, no 18.

(8) Pothier, no 82; ord. de 1673, tit. IV, art. 1; Toubeau, liv. II, tit. III, ch. II, p. 91.

(9) Leprêtre, 2 cent., ch. LXXIX; Toubeau, *loc. cit.*

(10) Art. 20 du code de commerce; Pothier, *Société*, no 57; Pardessus, t. IV, nos 1004 et suiv.

(11) De là une cause frappante de solidarité. « Quando plures « exercent mercaturam ministerio unius, omnes in solidum obli- « gantur. » (Straccha, *Decis. rot. Gen.* 14, no 22.)

(12) Merlin, *Quest. de droit*, vo *Société*, § 2, p. 553, col. 2.

(13) *De credito*, disc. 87, no 10.

(14) Pardessus, t. IV, no 977.

(15) Voyez là-dessus l'intéressante dissertation de Frémery,

l'appelle très-bien *nomen sociale*(1). Quand la société doit prendre un engagement, c'est de ce nom qu'elle le signe; quand elle doit paraître en justice, c'est sous ce nom qu'elle y figure.

Comme les opérations d'une société commerciale en nom collectif peuvent être fort diverses, et que les associés ne sont pas toujours présents; comme il arrive même très-fréquemment qu'ils agissent les uns pour les autres dans des lieux éloignés du siége de l'établissement principal, il eût été gênant, et quelquefois même impossible, de faire signer les actes sociaux par tous les associés sur lesquels ils doivent réfléchir; l'usage a donc imaginé une signature sociale qui, sous un nom collectif, embrasse tous les associés, et qui, donnée par un seul d'entre eux, a la même valeur que si tous avaient signé spécifiquement.

Quelquefois, lorsque les associés sont peu nombreux, la raison sociale les signale tous au public. Par exemple : Dupuis frères; ou bien Martin et Porsdol. Mais lorsque la société comprend un plus grand nombre de membres, on se sert d'une formule abrégée qui résume en elle les individualités qu'il serait trop long d'énumérer. Par exemple *Lefebvre et compagnie*. Cette formule est fort ancienne dans le commerce : elle était déjà vulgairement employée au treizième siècle(2).

361. Mais à cette époque, suivant Frémery, la formule *N. et compagnie* ne signifiait pas que tous les individus faisant partie de la société, mais non nommés expressément, fussent responsables et solidaires. Les associés cachés derrière ces mots n'étaient nullement tenus par un lien de responsabilité et de solidarité égal à celui qui enchaînait les associés dénommés expressément.

Frémery est entré sur ce point dans des détails qui prouvent son érudition (3). Il cherche à établir, par le statut de Gênes (4), par l'autorité de Straccha et par la jurisprudence italienne, que la raison sociale *N. et compagnie* n'annonçait originairement qu'une société en commandite; que tout ce qu'elle avait pour but de faire savoir au public, c'est que N. avait un ou plusieurs associés, et que ceux-ci, voulant rester inconnus pour n'être pas personnellement obligés, n'étaient tenus que d'abandonner leur mise (5).

Suivant Frémery, cet usage était conforme à la raison. A cette époque reculée, les sociétés se faisaient généralement sans écrit, et les conventions verbales étaient bien plus fréquentes que les accords retenus dans des actes. C'est par les présomptions, les preuves orales, les livres des marchands, que les tiers parvenaient à établir les preuves des sociétés (6). Dans cet état, comment les créanciers auraient-ils pu prétendre qu'ils avaient suivi la foi d'individus dont ils n'avaient pas connu la personne, et dont les pactes étaient restés secrets? Comment admettre qu'ils avaient compté sur le crédit personnel et la solvabilité solidaire de bailleurs de fonds, qui avaient voulu se tenir à l'écart et dissimuler leurs noms, de commanditaires dont les conventions, demeurées secrètes, n'avaient pu annoncer aucune pensée de solidarité? Évidemment, la logique voulait que ces mots, *et compagnie;* ne désignassent que des associés responsables seulement jusqu'à concurrence de leur mise. C'était bien assez que l'usage, plutôt que la loi, eût englobé dans une solidarité commune tous les noms inclus dans la raison sociale (7); c'était bien assez que les gérants, nommément désignés à la confiance publique comme les seuls instituteurs de la société (8), répondissent solidairement pour elle (9). Là devait s'arrêter la solidarité : on ne pensait pas que les principes du droit civil permissent de l'étendre à celui avec qui on n'avait pas traité, et qui n'avait pas été nommé.

Mais au seizième siècle, poursuit Frémery, l'écriture devint plus usuelle dans les conventions; les sociétés s'annoncèrent par des circulaires; les actes qui les constituaient furent enregistrés dans des dépôts publics (10). On put connaître dès lors ceux dont les noms étaient voilés dans la raison sociale; on fut autorisé à prendre leurs personnes et leur solvabilité en considération; et lorsque le contrat ne les renfermait pas positivement dans le rôle de commanditaires, on les traitait comme associés solidaires, leur rendant communes toutes les obligations contractées par ceux dont ils avaient accepté la *compagnie*. Cet usage était aussi logique que le précédent; et d'ailleurs il tournait au profit du crédit commercial, et rendait les sociétés plus solides et plus homogènes. Il devint si général, que quelques jurisconsultes ont pensé, à tort, que la formule collective *N. et compagnie* était propre à cette espèce de société, qu'ils ont appelée, à cause de cela, société *en nom collectif* ou société *collective* (11). Mais ils se sont trompés; et la formule *N. et compagnie* n'a primitivement désigné (j'expose toujours le système de Frémery) qu'une société en commandite. Il a fallu de grands changements dans les idées et dans les habitudes pour faire de cette formule une source de solidarité.

Études de droit comm.; suprà, p. 29, note 7; MALEPEYRE et JOURDAIN, nos 33 et suiv; *infrà*, n° 693.

(1) Disc. 39, n° 13.

(2) MURATORI, *Antiq. med. ævi*, dissert. 16, donne un titre de 1233, dans lequel le pape Grégoire IX règle les comptes de son fisc avec Angelerio Solafîcu et compagnie, *Angelerium Solafîcu et ejus socios*. Cette société avait traité avec le pape pour le recouvrement des tributs dus à l'Église par la France, l'Angleterre et autres puissances (voy. notre préface).

Le même Muratori (t. II, p. 922) rapporte d'autres titres où l'on voit que cette formule *N. et socii* était employée, non-seulement dans le commerce, mais encore dans les titres civils et publics, pour désigner en abrégé tous syndics, consuls, etc., d'une corporation. « Consules Lanfrancus Piper et Ansaldus Malonus et *socii* « *eorum*. » (Titres de 1190 et 1180.)

On a vu, enfin, ci-dessus dans notre préface une formule de contrat du XIIIe siècle, où la raison sociale est couramment employée par les Lombards.

(3) *Études de droit commercial*, p. 41.

(4) « Socii, sive participes societatis sive rationis, QUORUM NOMEN « IN EA EXPENDITUR, tenentur in solidum pro omnibus gestis, et « erga omnes, et singulos creditores rationis sive societatis; socii « verò, seu participes, QUORUM NOMEN NON EXPENDITUR, non intelli- « gantur nec sint in aliquo obligati ultrà participationem, seu « quantitatem pro quâ participant. » (Lib. IV, cap. XII.)

(5) On peut argumenter des passages cités dans les décisions suivantes de la rote de Gênes, rapportées par STRACCHA :

Décision 39, nos 9 et 10.

Décision 46, nos 4 et 5.

Décision 71, nos 1, 4.

Dans la décision 14, n° 131, on lit ce qui suit : « Regulariter « socii, nisi nomen eorum expendatur, non possunt obligari in so- « lidum, sed solum pro ratâ. » (ALEX., cons. 147, vol. II.) « Et « imo non tenentur ad plus quam exposuerunt in societate. » Mais nous examinerons tout à l'heure la valeur de ces citations.

(6) STRACCHA, *de mercaturâ*, part. II, nos 53 et suiv., où il cite BARTOLE, BALDE, DECIUS, SOCIN, etc.

(7) STRACCHA, décis. 46, nos 4 et 5.

(8) Id., décis. 71, n° 4.

(9) Id., décis. 140, n° 3.

(10) Ord. de 1579, art. 357 (ord. de Blois, Henri III); ord. de 1629, art. 414.

(11) SAVARY, *parère* 13; POTHIER, n° 57; MERLIN, *Répert.*, v° *Société*, sect. II, § 3, art. 2, p. 674.

Telle est l'opinion de cet auteur. Je ne crois pas l'avoir affaiblie en la reproduisant ; mais, à mon sens, elle ne doit nullement prévaloir.

362. Après que la formule *N. et compagnie* se fut introduite dans les usages du commerce, elle excita l'attention des plus anciens interprètes. Quel en était le sens? quelle portée devait-elle avoir? soumettait-elle tous les associés au lien d'une égale solidarité? Les jurisconsultes hésitaient : ils allaient chercher des analogies dans les paroles de l'Évangile (1), ou dans les formules des stipulations des esclaves, conservées dans le Digeste (2); mais la parité manquait. La formule *N. et compagnie* n'avait pas de précédents connus dans le droit romain, et cependant il fallait en déterminer la valeur; il est vrai que les usages, en donnant naissance à cette synthèse commode et rapide, inclinaient à attacher la solidarité à ses effets obligatoires. Mais ils n'étaient pas suffisants pour entraîner quelques esprits, plus spécialement préoccupés des traditions du droit romain et des fragments du Digeste. L'œuvre des vrais jurisconsultes était donc de réconcilier les usages avec l'autorité de la raison.

Bartole, qui écrivit au quatorzième siècle, est, à ma connaissance, un des premiers auteurs qui se soient occupés de cette question. La formule *N. et compagnie* était déjà ancienne et fort usuelle; elle ne pouvait échapper à son attention, à son admirable sagacité. Voici donc comment il l'explique, et l'on va voir que son interprétation renverse toutes les hypothèses de Frémery; car Bartole veut qu'elle entraîne la solidarité passive pour tous les associés. Écoutons-le parler (3) :

« Secundùm consuetudinem et ferè totius Italiæ, « in libris cùm litteris mercatorum, unus nominatur « nomine proprio, omnes alii nomine appellativo, hoc « modo : *Titius et socii talis societatis*. »

Je traduis :

Suivant l'usage de presque toute l'Italie, dans les livres et billets des marchands, l'un d'entre eux est nommé par son nom propre, tous les autres par un nom appellatif, en cette manière: *Titius et compagnie*.

« Videtur quod ex virtute talium verborum, ille « nominatus teneatur et acquiratur sibi pro dimidiâ, « aliis omnibus, proportionibus societatis. » Il semble, au premier coup d'œil, que, par l'énergie de ces paroles, Titius s'oblige et acquière pour moitié, les autres pour leur part dans la société (4).

« Tamen puto sic dicendum, quod ex virtute dictorum verborum, quatenùs continent contractum ex « quo dicti mercatores debeant obligari, si quidem « ageretur institoriâ, quilibet tenetur in solidum, « quasi per illum omnes negotiationes exerceant. « Si verò in dictâ scripturâ continetur totum, ex quo « eis mercatoribus debet obligatio quæri, tunc rigor « verborum importat illud quod suprà dixi in servis « stipulatoribus; *æquitas tamen et usus communis* « suggerit contrarium. Nam ille unus qui nominatur, « non ad hoc nominatur, ut sibi magis quæratur, *sed* « *ut ostendatur quod ille societatis caput obtinet*, et « ideo forsan dicendum est quod omnibus quæratur « proportionibus societatis. » Toutefois, je pense qu'il faut répondre que, par la force de ces paroles, en tant qu'elles contiennent le contrat en vertu duquel les marchands sont obligés, si l'on agit par l'action institoire, tous sont tenus solidairement ; car tous sont censés faire le négoce par Titius (5). Que si l'écrit contient le total de ce qui est dû à la société, alors la rigueur des paroles devrait peut-être faire décider conformément à ce que j'ai dit pour les esclaves stipulateurs (6); néanmoins, *l'équité et l'usage commun* suggèrent le contraire. Titius n'est pas nommé pour acquérir plus que les autres, mais seulement pour montrer qu'il est le chef de la société. C'est pourquoi il vaut mieux décider peut-être, que chaque associé acquiert pour sa part dans la société.

Ainsi voilà la solidarité passive de tous les associés bien hautement professée; la voilà appuyée sur cette raison, que tous les associés ont Titius pour instituteur, et qu'ils font tous le commerce sous la raison sociale.

363. Mais voyons un autre docteur, postérieur à Bartole, mais non inférieur à lui par la science et l'autorité; c'est Paul de Castro que je cite (7). Il va justifier Bartole des critiques dont sa doctrine avait été l'objet; il va la fortifier par de nouveaux arguments et par d'autres textes.

« Frequenter contingit quod plures sunt socii, et « tamen solus unus nominatur, et alii sub nomine « generali, puta, *talis et socii*. Tunc enim ne contrahentes decipiantur, qui ignorant qui sint, et quot « sint, statuitur illud, *ne in plures distinguatur qui* « *cum uno contraxit* (8); facit L. *Justissimè, D. de ædil.* « *edict.*, et pro opinione Bartoli est textus, quem « fortè Angelus non vidit, cùm reprehendit Bartolum, « quod idem statuitur in institore quàm in exercitore, « *quoniam quilibet duorum teneatur in solidum*. Ut « L. *Habeat*, § *Sic*, in fine, et § 2, D. *de inst. act.*, « quæ omninò vide ad corroborationem Bartoli (9). « Non sic in procuratore, qui nominat, pro quibus « contrahit procuratorio nomine, nominando eos « quorum est procurator. Nam tunc procedit dictum « Angeli, quia cessat ratio de quâ suprà, cùm contrahentes sciant cum quibus contrahere videntur, « et ista est veritas, *et tene menti*.

Assurément, il est impossible de rien voir de plus formel, et j'oserai dire de plus concluant : Paul de Castro ne met-il pas le doigt sur une raison capitale du crédit commercial, quand il enseigne que c'est précisément parce que la formule laisse ignorer quels sont les associés et combien ils sont, qu'il est nécessaire, pour que le public ne soit pas trompé, que l'associé atteint et découvert réponde pour tous et ne demande pas de division?

364. Au reste, Straccha lui-même, Stracchâ l'un des principaux oracles du droit commercial italien,

(1) Balde, conseil 190, vol. II : « Sicut scribitur, dit-il : *Dicite* « *discipulis ejus et Petro*, nam licèt omnes essent discipuli, tamen « Petrus est per se principaliter nominatus, etc., etc. »

(2) L. 4 et 37, D. *de stipulat. serv.*; Bartole.

(3) Sur la loi 37, D. *de stipulat. serv.*

(4) On voit, en effet, cette prétention élevée dans une espèce dont Balde rend compte (conseil 190, vol. II). Ce jurisconsulte la réfute.

(5) Arg. de la loi 4, § 1, D. *de exercit. act.* (Ulpien).

(6) Arg. de la loi 4, D. *de stipulat. servor.* (Ulpien), où le maître nommé acquiert plus que celui qui ne l'est pas.

(7) Sur la loi 11, D. *de duobus reis*, no 5.

(8) Voy. *infrà*, no 823, le texte où Paul de Castro a pris ces expressions, et no 825.

(9) Ulpien. Ce texte est en effet fort remarquable : « Si duo « pluresve tabernam exerceant, et servum, quem ex disparibus « partibus habebant, institorem proposuerint, utrùm pro dominicis partibus teneantur, an pro æqualibus, an pro portione mercis, « an verò in solidum, Julianus quærit? Et verius esse ait, exemplo « exercitorum et de peculio actionis, *in solidum unumquemque* « *conveniri* posse et quidquid ei præstiterit, qui conventus est, « *societatis* judicio, vel communi dividundo consequetur : quam « sententiam et suprà probavimus. »

est aussi de ce sentiment. Il l'enseigne d'une manière expresse dans son traité *De mercaturâ* (1), où il a copié Bartole mot à mot, en l'approuvant.

Ce n'est pas tout :

Dans la décision 14 de la rote de Gênes, Straccha examine le cas d'un institeur qui avait traité avec des tiers, en son nom, sans se servir de la raison sociale; on prétendait néanmoins que, par cela seul qu'il y avait une société existante derrière lui, son obligation devait réfléchir sur la société. Straccha expose les raisons qui firent repousser cette prétention; et cela lui donne l'occasion d'examiner l'opinion de Paul de Castro, dont on argumentait contre les associés participants; il montre qu'elle ne saurait militer contre des committants qui ont voulu rester inconnus, et qu'elle n'est admissible que lorsqu'il y a emploi de la formule *N. et compagnie :* cas bien différent de celui où un nom social n'a pas été employé. Voici le langage qu'il tient : il est très-remarquable.

« Nec prædictis obstat quod dicit Castrensis in leg. « *Reos*, n° 5, D. *de duobus reis*, ubi inquit obligari « creditoribus præponentes, etiamsi ignoretur qui « sint et quot sint; quia potest dici per supradicta « hanc doctrinam non procedere, quam non videmus « fulcitam aliquâ lege. Secundò, respondetur Cas- « trensem supponere *creditores scire adesse socios,* « *quia ille institor scribebat : Petrus et socii.* Et sic « certum erat aliquos esse socios, licèt ignorarentur « numerus et nomina, sed bene sciebatur adesse; et « sic tria considerantur, an sint, qui sint, et quot « sint; *et scire primum sufficit ad hoc ut obligentur;* « *quia sub illo nomine Petrus et socii,* VIRTUALITER « ALII CONTINENTUR. »

Ces paroles ont une signification évidemment éversive du système de Frémery. Trois choses sont à considérer, dit Straccha. Y a-t-il des associés? Qui sont-ils? Combien sont-ils? Or, connaître le premier point suffit pour faire décider que tous sont obligés. Car tous sont virtuellement contenus sous ce nom collectif : *Pierre et compagnie.*

365. Mais examinons de plus près les autres décisions de la rote de Gênes, qui ont paru décisives à Frémery. Je les ai lues et relues; car l'intelligence n'en est pas toujours facile; il faut surtout se garder de les étudier par fragments, et l'on ne peut en bien tenir le fil qu'en les prenant dans leur ensemble, et en rapportant au point de fait les théories et les maximes de l'arrêtiste. Or, à ce point de vue, je doute qu'elles soient de nature à ébranler en quoi que ce soit les graves autorités que je viens d'accumuler. Voyons d'ailleurs et jugeons.

Dans la décision 39, il ne s'agissait nullement d'apprécier la portée d'une raison sociale, par rapport à des associés dont le nom ne figurait pas en elle. C'était le procès d'un participant, ou, si l'on veut, d'un commanditaire contre un associé qui n'avait pas administré. Un certain Dominique Spinola avait confié des fonds, à profit et perte, à une société ayant pour raison sociale *Nicolas, Jean-Jacques et Paul de Auria* (2). Il prétendait que Nicolas, qui n'avait pas administré, devait lui rendre compte; c'était là toute la cause. Stracca s'applique d'abord à déterminer le vrai caractère de Dominique Spinola. Est-il associé? Ce point avait de l'importance. Associé ordinaire, Spinola ne pouvait aller contre la loi qu'il s'était faite. Il ne pouvait demander un compte de gestion à un associé resté en dehors de l'administration, d'après son propre consentement et en vertu de l'organisation qu'il avait contribué à donner à la société (3).

D'après le récit de Straccha, les opinions de la rote furent divisées sur cette première question. Les uns disaient que Spinola était associé; ils se fondaient sur les écritures de la maison de commerce. Mais, suivant eux, ce point était indifférent, parce que, si Nicolas n'avait pas administré par lui-même, il avait du moins, pendant son absence, laissé des pouvoirs à un procureur pour agir en son nom.

Les autres auditeurs, marchant au même but par une autre voie (4), soutenaient que Spinola n'était pas un associé ordinaire; qu'il n'avait fait que confier des fonds à une société déjà formée sur des bases qu'il n'avait pu régler; qu'il n'était dès lors que participant, ou bien *committens pecuniam ad honestum lucrum*, ou bien déposant, ou prêteur; que la participation, introduite par la seule pratique, ne devait pas être jugée du même point de vue que la société, etc., etc.; que le participant, ou le commanditaire, qui vient confier ses fonds à une société déjà formée, n'est pas dans les mêmes conditions qu'un associé ordinaire; qu'il n'a pu influer sur le mode d'administration; qu'il a trouvé les fonctions de chaque associé distribuées et fixées; que la raison sociale ayant indiqué à Spinola les sieurs Nicolas, Jean-Jacques et Paul de Auria comme associés en nom collectif, il a dû les prendre pour tels; il a suivi leur foi, et il lui importe peu, par conséquent, que l'un d'eux se soit abstenu de l'administration. C'est là un fait dont il ne doit pas souffrir, lui qui n'a pas dû s'immiscer dans l'administration, ou la surveiller et en régler les formes.

Et comment pourrait-on placer Spinola dans la classe des associés ordinaires? Comment pourrait-on en faire un associé égal en droits à Nicolas, Jean-Jacques et Paul de Auria? Il est vrai qu'il participe au gain et à la perte; mais cela ne veut pas dire qu'il soit associé en tout; *tamen per omnia non socius est.* Il n'est pas mentionné expressément ou tacitement dans la raison sociale, qui est *Nicolas, Jean-Jacques et Paul;* or, pour qu'un individu soit considéré comme pleinement associé, il faut nécessairement que la société agisse sous son nom expressément ou tacitement. « Socius agit contrà debitores sociales et « a socialibus creditoribus convenitur, *cum sub ejus* « *nomine expresso vel tacito sit contractum* (5). » Mais si, étant participant ou commanditaire, il n'a pas contracté avec les tiers, il ne doit pas avoir affaire à eux (6). C'est pourquoi l'associé ordinaire et général qui a pu régler la forme du négoce ne doit agir que contre l'administrateur (7). Mais le commanditaire, le participant qui n'est pour rien dans l'administration, qui ne sait pas si tel s'abstient, ou s'il agit, et qui cependant a prêté à tous, a suivi la foi de tous, a action contre tous.

Tel est le résumé de la décision 39. Si on veut en lier toutes les parties ensemble, on verra qu'elle ne porte aucun secours à la thèse de Frémery. Elle ne s'occupe pas d'une raison sociale *un tel et compagnie;* elle porte sur une raison sociale qui n'indiquait que trois noms et pas davantage. Elle laisse par conséquent indécise la question de savoir ce qui devrait advenir des commanditaires dans le cas de la raison sociale *Un tel et compagnie.* On peut même en tirer avantage pour

(1) Au titre *de contract. mercator.*, n° 17.
(2) Combinez le n° 1 avec le n° 4.
(3) Arg. de la loi 65, § 14, D. *Pro socio.*
(4) N° 5 *in fine.*
(5) N° 9.
(6) L. *Et quidquid*, D. *Pro socio.*
(7) Voy. la loi 65, § 14, D. *Pro socio.*

soutenir que, dans le cas d'une telle formule, s'il n'y a pas nomination expresse, il y a du moins cette nomination tacite dont parle Straccha, et qu'il assimile à la nomination expresse : *cùm sub ejus nomine expresso vel tacito sit contractum.* Rappelons-nous ce que Straccha a dit ci-dessus, que la formule *Un tel et compagnie* comprend virtuellement les associés non dénommés : *virtualiter alii continentur.*

366. Venons maintenant à la décision 46.

Jean de Grimaldi agit contre la société *Étienne Cicala et J. B. de Grimaldi*, de Venise, et demande que ces deux individus soient condamnés solidairement à lui payer tant de ducats, comme participant de cette société, ou du moins à lui rendre compte.

C'était donc encore un procès entre associés, et non avec des tiers. Straccha en fait la remarque. Étienne et Jean-Baptiste eussent été tenus solidairement envers les tiers, parce que leur nom était exprimé dans la raison sociale. Mais, à l'égard d'un associé, la solidarité existe-t-elle contre les autres associés? Tel est l'objet de la décision. Tel est le point de vue auquel se place Straccha. La rote décide que non. Mais en quoi cette solution peut-elle fortifier le système de Frémery? Est-ce parce que l'arrêtiste a écrit ces paroles : « Quoad extraneos creditores cum dictâ societate « contrahentes, procul dubio habent quemlibet so- « cium, *quorum nomen expressum est, obligatum.* « Et hoc procedit potiùs ex consuetudine mercatoriâ « quàm de jure. Usu enim in civitate Genuæ et qui- « dem notoriè receptum est quod *socii expendentes* « nomen, insimul tenentur contrahentibus secum in « solidum. Et talis consuetudo et observantia attendi « debet, cùm faciat jus (1). » Mais qu'on se mette donc à l'horizon de Straccha! Qu'on se persuade bien qu'il veut tout simplement montrer la différence de position des associés entre eux et des associés avec les tiers! Mais assurément il est loin de sa pensée de rien préjuger sur la question bien différente qui consiste à savoir si la raison sociale *N. et compagnie* n'affecte pas implicitement envers les tiers ceux qui font partie de la société.

367. Au reste, je remarque une contradiction frappante entre la décision 46 et la décision 39. Dans celle-là, Grimaldi se présente comme participant, tout comme Spinola dans l'autre espèce, et cette qualité ne fait l'objet d'aucune controverse. Il semblait dès lors, en prenant pour point de départ la décision 39, que les deux associés auraient dû rendre compte à Grimaldi. Point du tout : ici Straccha insiste sur ce qu'il n'y a de différence que le nom entre la participation et la société; que Grimaldi est vrai associé; qu'il doit donc discuter préalablement Jean-Baptiste, qui seul a géré et administré; que ce n'est qu'après cette discussion qu'il pourra agir contre Cicala qui n'a pas eu l'administration (2).

368. Reste le statut de Gênes.

J'en ai rapporté les termes ci-dessus : il veut que les associés ne soient tenus envers les tiers par un lien de solidarité, qu'autant que leur nom figure dans les actes sociaux. Mais n'oublions pas ce que nous a dit Straccha : il y a deux manières d'exposer son nom dans un acte de commerce : on peut le donner expressément, c'est ce qui arrive quand il est en toutes lettres dans la raison sociale; on peut aussi le donner tacitement; or, n'est-ce pas le donner tacitement que de le couvrir de la raison sociale, *un tel et compagnie?* VIRTUALITER ALII CONTINENTUR.

Cette interprétation me paraît la seule raisonnable. Elle a d'ailleurs un mérite : outre qu'elle concilie Straccha avec lui-même, elle met la science des interprètes d'accord avec les usages commerciaux et la pratique des tribunaux consulaires.

369. Enfin, il est une particularité dont nous devons tenir compte. Qu'est-ce que la formule *N. et compagnie?* C'est une formule collective (3), c'est un nom collectif. Or, il est clair que c'est à cause de cette formule abrégée que la société dont nous nous occupons a été appelée société en *nom collectif.* Dans cet état de choses, il faudrait supposer une grande déviation dans les idées, pour que la formule en question, sortie d'abord de la société en commandite, comme le prétend Frémery, fût devenue caractéristique de la société en nom collectif. Quant à moi, je ne crois pas qu'il en ait été ainsi. Je suis convaincu que la formule *N. et compagnie* a originairement désigné des associés solidaires envers les tiers; qu'elle a été l'étendard des sociétés en nom collectif. On a vu là-dessus le sentiment des plus grands docteurs de l'école. C'est l'opinion de Savary (4), de Pothier (5), de Toubeau (6) et de Merlin (7).

Que si, plus tard, la commandite s'est, à son tour, revêtue de la formule *N. et compagnie*, c'est seulement lorsque l'écriture, devenue plus fréquente dans la constitution des sociétés, est arrivée en aide aux commanditaires, et a éclairé le public sur la position limitée dans laquelle ils entendaient rester (8).

370. Quoique l'usage du commerce soit de signaler la raison sociale par la formule *N. et compagnie*, il ne faut pas croire que cette formule soit sacramentelle. Toute énonciation qui manifeste au public l'existence d'une collection de personnes associées équivaut à une raison sociale. Toute société qui se produit au grand jour par des faits, des actes, des discours de nature à éclairer le public sur sa constitution, a, en réalité, une raison sociale. En un mot, dans le sens le plus étendu, la raison sociale c'est la manifestation de la société. Peu importe par quels moyens cette manifestation s'opère. Il suffit qu'elle ait assez de consistance pour engendrer la notoriété publique (9).

371. Il ne faut pas confondre avec la raison sociale le nom que prennent assez souvent certains établissements exploités par des sociétés collectives, comme, par exemple, la fabrique de glaces de Saint-Quirin, la filature de Senones, la teinturerie du bleu de France, etc., etc. Ces désignations adoptées comme achalandage et pour entretenir le public dans la connaissance des produits et du siége de ces établissements, ne sont que l'enseigne de la chose (10); elles ne sont pas la raison sociale, c'est-à-dire le nom de la

(1) Nos 4 et 5.

(2) Argument de la loi *Actiones*, 65, § 14, *Si communis*, D. *Pro socio.*

(3) TOUBEAU, p. 92 : « Tous les actes s'y font, ou sous le nom de tous spécifiquement, ou bien *collectivement*, par exemple sous le nom de *Jean, Pierre et compagnie.*

ROGRON appelle aussi la signature *N. et compagnie* signature collective (t. II, p. 240).

(4) *Parères* 23 et 65.

(5) Nos 57, 60.

(6) Page 103.

(7) *Répert.*, vo *Société*, p. 674.

(8) Aussi SAVARY leur recommandait-il de stipuler bien soigneusement qu'ils ne voulaient être obligés que jusqu'à concurrence de leur part (part. II, liv. I, art. 1).

(9) Cassat., 22 frim. an XIII (SIREY, V, 1, 675); 7 juillet 1810 (SIREY, XI, 1, 91; DALLOZ, *Société*, p. 118; MERLIN, *Répert.*, vo *Société*, p. 706; *infrà*, no 376).

(10) *Gazette des Tribunaux* des 25 et 26 avril 1842.

société, de la personne morale (1); ce n'est pas sous ce nom de chose que les billets sont signés, que les inscriptions sont prises, que les assignations sont données ou reçues. Tous ces actes veulent une personnification qui se signale par un nom à elle propre.

372. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale; ainsi le veut l'art. 21 du code de commerce. Par cette disposition, on a voulu empêcher les personnes qui succèdent au commerce d'un négociant décédé de le continuer sous le nom du défunt. Dans les affaires, le crédit est tout personnel, il ne se transmet pas par cession ou héritage. Il s'acquiert par les actes et par la capacité. Il ne fallait donc pas qu'un successeur se parât d'un crédit fallacieux, en s'appropriant une raison sociale éteinte par la mort d'un de ceux qui en faisaient la valeur (2). On s'étonne qu'un usage contraire ait jadis régné en France et qu'il se perpétue en Angleterre. C'est une source de fraudes pour le public confiant. Il suit de là que la raison sociale d'une maison n'est pas cessible, avec le fonds de marchandises et l'achalandage aliénés; elle n'est pas non plus transmissible par succession. La retraite ou le décès d'un seul des associés doivent la faire effacer (3); il faut en créer une autre. Le nom de l'établissement peut seul persister comme enseigne de la chose.

373. Si l'on insérait dans la raison le nom d'un individu étranger à la société, en faisant connaître qu'il n'entend pas s'obliger par elle ou pour elle, il n'y aurait pas sans doute de mauvaise intention; je sais même que cela se pratique assez souvent pour conserver à une maison la protection du nom qui en a fait la fortune. Néanmoins, cette pratique a des inconvénients; elle peut induire en erreur les tiers, qui n'ont pas toujours la possibilité de se faire représenter la teneur de l'acte de société, ou qui peuvent avoir oublié le contenu des circulaires et des affiches. Comme les affaires de commerce se traitent avec rapidité et bonne foi, l'équité veut qu'on soit attentif à écarter scrupuleusement les causes les plus innocentes d'erreurs et de mécomptes; partant de là, je ne serais pas éloigné de croire que celui, qui aurait ainsi consenti à prêter son nom, ne fût puni de son imprudence par une solidarité que ne pourraient détourner toutes les réserves du contrat de société (4).

374. Le contrat de société fixe la raison sociale (5). On a l'habitude de le faire connaître aux correspondants de la maison par des circulaires (6).

374 2° (7).

375. Un point non moins important, c'est de régler, par le même acte, quel est celui des associés qui aura la signature sociale. Nous verrons plus bas si une signature, donnée par un associé qui n'a pas la signature sociale, engage ses coassociés à l'égard des tiers de bonne foi (8).

376. La raison sociale est de l'essence de la société en nom collectif; sans la raison sociale, la société cesserait d'être une société collective : elle tomberait dans la classe des sociétés en participation (9).

Mais pour bien entendre ceci, on ne doit pas perdre de vue la définition que j'ai donnée de la raison sociale. Ainsi, supposons qu'une société se soit formée

---

(1) PARDESSUS, t. IV, n° 978; MALEPEYRE, n° 34.

(2) LOCRÉ, sur l'art. 21 du code de commerce; PARDESSUS, t. IV, n° 978; MALEPEYRE, n° 36; PERSIL fils, sur l'art. 21 du code de commerce.

(3) *Suprà*, n° 254.

Add. *Jurisprudence.* — Après le décès du mari qui avait pris son nom personnel pour raison de la société commerciale contractée avec sa femme, la veuve qui se remarie ne peut, malgré les parents de son premier mari (de son père, par exemple), continuer sous la même raison sociale le commerce avec son second mari... et cela encore bien qu'il existerait un enfant mineur du premier mariage (loi du 6 fruct. an II, art. 1er, et du 11 germinal an XI, tit. II, art. 4; code de commerce, art. 21) (18 mars 1838. Civ. c. Colmar, Streisguth. DALLOZ, XXXVIII, 1, 158.) Voyez *Dict. gén.*, v° *Nom*, n°s 65 et suiv., 87 et suiv.

— Il suffit qu'il soit constaté qu'après la mort de son père, avec lequel il était associé, son fils aîné a tout fait pour maintenir les tiers dans la persuasion que la nouvelle société, portant le même nom social que l'ancienne, en était la continuation, pour que les tribunaux aient pu lui refuser le droit de se prévaloir de cette dissolution, à l'effet d'échapper aux obligations contractées par l'ancienne société, et particulièrement aux répétitions pour perceptions usuraires formées par les tiers avec lesquels le fils a continué les opérations de la maison, et auxquels, du reste, le décès était connu (code civil, art. 1865; code de comm., art. 46). (16 mai 1838. Civ. r. Toulouse, Prat. DALLOZ, XXXVIII, 1, 849).

On lit dans DALLOZ, *Dict. gén.*, n° 67 : « L'associé retiré de l'association, mais qui a souffert que son nom continuât à faire partie de la raison sociale, n'est pas néanmoins tenu à l'égard des tiers des obligations de la société, lorsque la dissolution de l'ancienne société a reçu la plus grande publicité, qu'elle a été suivie de la retraite notoire de l'associé; que celui-ci est resté depuis complétement étranger aux affaires de l'association; qu'aucune imputation de dol ne peut lui être adressée; enfin, qu'il est constant que la simulation de la raison sociale n'a été d'aucune influence dans les engagements que les tiers ont pris avec la société (code de comm., art. 42, 46, 21). »

(4) HORSON, p. 22, quest. 8; arg. de ce que dit PARDESSUS, *loc. cit.*

(5) *Suprà*, n° 236.

(6) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 37.

(7) **Add.** *Quels noms peuvent entrer dans la raison sociale?* — HORSON, t. I, p. 20, répond : « Les dispositions de la loi en matière de société sont d'observation rigoureuse, parce qu'elles ont été établies principalement dans l'intérêt des tiers : on ne peut donc les violer ou les éluder sans entacher les pactes sociaux de vices essentiels.

« Nous n'hésitons pas à placer parmi les dispositions qui doivent être ainsi scrupuleusement respectées, celles que contiennent les art. 21 et 25 du code de commerce.

« D'après la combinaison de ces deux articles, le nom d'un associé solidaire peut seul faire partie de la raison sociale, et le but de cette sage restriction est trop évident pour que nous ayons besoin de le faire autrement ressortir.

« On nous consulte en ce moment sur la validité d'un acte de société dans lequel, bien involontairement, sans doute, cette disposition nous paraît avoir été très-singulièrement observée.

« Un ancien commerçant, que nous appellerons *Leblanc*, a, d'après un usage assez répandu, joint à son nom celui de sa femme, et il se fait appeler *Leblanc-Roger* : ces époux sont séparés de biens : la femme forme une société de commerce avec un sieur Lepage, et pour s'assujettir à l'art. 21, la société de commerce est ainsi composée : *Leblanc-Roger et Lepage.* Il ne faut pas perdre de vue que le sieur Leblanc-Roger n'est pas associé, mais seulement, nous le répétons, sa femme et le sieur Lepage.

« En cet état on nous demande si l'art. 21 est violé.

« Nous n'hésitons pas à nous prononcer pour l'affirmative, et à considérer l'acte de société comme susceptible d'annulation.

« En effet, le nom de *Leblanc-Roger* est incontestablement celui du mari; le mari, qui n'est pas associé, est bien certainement aux yeux des tiers seul désigné par ces mots; enfin, il est hors de doute que la raison de commerce, pour présenter le nom de la femme, devrait être créée ainsi : *femme Leblanc-Roger et Lepage.*

« Nous avons pensé que ces courtes réflexions suffiraient pour mettre nos lecteurs en garde contre de pareilles irrégularités. »

(8) *Infrà*, n° 812.

(9) PARDESSUS, t. IV, n° 1009.

entre Pierre et Paul, pour exploiter collectivement une forge. De ce que les deux associés collectifs ont négligé, dans l'acte de société, d'adopter une raison de commerce, il ne faudra pas se hâter d'en conclure que leur société n'est qu'une sorte de participation. Si Pierre et Paul ont publié leur société, s'ils ont révélé au grand jour le lien qui les unissait, si en face du public ils se sont toujours comportés comme associés, ils seront vrais associés collectifs (1); car on aura été positivement informé que Pierre agissait en *compagnie*, que Paul, de son côté, agissait en *compagnie*; la raison sociale sortira de la publicité de la qualité d'associé, nécessairement inhérente à chaque acte fait par Pierre et Paul pour la chose commune (2).

Ceci est d'une haute importance et n'a pas été suffisamment mis en relief par tous les auteurs modernes. Quand nous commenterons les articles 1862 et suivants du code civil, nous ferons remarquer le parti qu'on en peut tirer pour fixer le droit des tiers à l'égard de la société. Contentons-nous de dire, quant à présent, que notre doctrine s'appuie sur les arrêts de la cour de cassation rapportés tout à l'heure, et sur une théorie que Casaregis a résumée en ces mots :

« Socius socium non obligat, nisi in contrahendo « expressum fuerit nomen sociale, *vel saltem ex* « *facti circumstantiis, aut subjectâ materiâ illud ar-* « *gui potuerit* (3). » La raison sociale n'est pas quelque chose de sacramentel; la formule se remplace utilement par des faits graves, équivalents, et par la force des choses (4).

II. — De la société en commandite.

377. La société en commandite, qui est la seconde espèce de société de commerce, repose sur d'autres combinaisons que la société en nom collectif.

Dans la commandite, tous les associés ne sont plus solidaires. Les créanciers de la société n'ont une action personnelle indéfinie et solidaire que contre les associés gérants; quant aux autres, ils ne sont tenus que de leur mise, et pas au delà (5).

378. Dans l'origine, on appelait commande ou commandite toutes les sociétés dans lesquelles on confiait un capital en nature ou en argent à un associé pour en tirer parti, sous le nom de ce dernier, et pour en partager les gains. Le cheptel n'était pas autre chose qu'une société en commande ou commandite (6); et dans la Bresse et le Bugey on l'appelait encore, du temps de Delaurière, *commande de bestiaux*.

En effet, dans le latin de la moyenne et de la basse latinité, *commendare* (7) signifiait déposer une chose, la prêter, la confier (8); ainsi, ce nom de *commenda*

---

(1) *Suprà*, no 370.

(2) **Add.** Op. conf. de PARDESSUS, no 1025.

Jurisprudence. — On ne peut considérer comme une société en nom collectif qui partant serait nulle à défaut de transcription au greffe du tribunal de commerce de l'extrait de l'acte qui l'établit, celle contractée par deux individus sous le nom de l'un d'eux seulement, qui a la direction exclusive du commerce, de l'achat et de la vente des marchandises (Brux., 19 mai 1830; J. de B., 1830, 2, 171).

— On ne peut considérer comme une société en nom collectif celle qui a pour objet non pas seulement une ou plusieurs opérations commerciales déterminées, mais qui embrasse un genre particulier d'industrie, si, d'ailleurs, elle n'est pas gérée sous une forme ou raison sociale.

Ainsi, la convention par laquelle deux individus s'unissent sans adopter de raison sociale, pour faire ensemble le commerce de charbons, ne constitue qu'une simple association en participation, dont l'existence peut par suite être prouvée par témoins.

La seule circonstance que les achats pour le compte de l'association auraient été inscrits aux houillères sous les noms des deux associés, ne suffit pas pour établir qu'il y ait eu société sous une raison sociale (Brux., 30 nov. 1831; J. de B., 1832, 1, 49; Jur. du XIXe siècle, 1832, 3, 28).

— Quel est le caractère principal d'une société en nom collectif et d'une société en commandite ?

On ne peut considérer comme une société en commandite ou une société en nom collectif, celle relative au courtage de navires, formée sans nom ou raison sociale, entre un courtier et un particulier, bailleur de fonds, où le premier demeure seul chargé des opérations, tandis que le second tient la comptabilité de la caisse et doit rester dépositaire, pendant tout le temps de la société, des deniers qui lui appartiendraient.

On ne peut légèrement considérer ou admettre comme infraction aux lois telle ou telle disposition d'un contrat, surtout lorsque de cette infraction il résulterait que la nullité de l'acte devrait être prononcée sur la demande de l'une des parties contractantes (Brux., 18 juillet 1829; Jur. du XIXe siècle, 1831, 3, 86).

(3) Discours 39, no 13. Voy. *infrà*, no 780, et STRACCHA, décis. 14, nos 96 à 99; *infrà*, no 795.

(4) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN disent dans le même sens, nos 38, 39 : « Cependant, si une modification plus ou moins importante s'était introduite, sans avis préalable, dans la signature sociale, qu'elle eût été accréditée par le consentement même tacite des autres associés, par exemple s'ils avaient souffert, pendant un certain temps, que les engagements souscrits ainsi fussent acquittés par la caisse, ils ne pourraient pas, par la suite, se soustraire au payement des engagements souscrits de cette signature, sous le prétexte que ce n'est pas celle de la société, s'ils avaient été signés par l'un des associés investis de la signature, parce que les tiers porteurs ne peuvent être victimes d'une erreur que les associés ont volontairement accréditée, et que d'ailleurs ce changement peut être le résultat d'un contrat frauduleux entre les associés.

« Nous pensons même que l'acte souscrit par l'associé, de son nom avec l'addition de ces mots *et compagnie*, engagerait la société, lors même que ce ne serait pas la signature sociale, si cet associé avait le droit de signer, et si le tiers était de bonne foi : car cet associé avait le droit d'engager la société; il résulte clairement de l'acte qu'il a eu l'intention de le faire, et le tiers l'intention de l'accepter. Il y a donc obligation valable. »

PARDESSUS, no 978, dit à l'occasion de la raison sociale : « L'objet de la raison sociale étant de distinguer les actes qui intéressent la société, de ceux qui n'intéressent que certains de ses membres, il est évident qu'un associé, fût-il administrateur, ne peut employer le nom social pour ses propres affaires. Il commettrait une action malhonnête, qui pourrait donner à ses coassociés le droit de l'exclure, et même de le poursuivre en escroquerie; mais ce ne serait un faux qu'autant qu'il se servirait du nom social après la dissolution de la société. »

(5) Art. 23 du code de commerce.

(6) DELAURIÈRE, vo *Société en commandite*, et FAVRE sur la loi 38, D. *Pro socio*. Voyez notre préface; il est important d'y revenir.

(7) Idem.

Le bon SAVARY, qui était plus versé dans la pratique commerciale que dans la science des étymologies, croyait que la société en commandite portait ce nom parce que *celui qui donne ses deniers est toujours le maître. Car c'est lui qui maintient le commerce que l'autre fait par le moyen de son argent* (t. I, p. 356.)

TOUBEAU a donné son étymologie du mot *commandite*, et l'on ne saurait rien voir de plus plaisant : « M. Collinet m'a dit que le mot *commandite* vient de *comment dit, ut dictum est*, une société aux termes et aux conditions dites, spécifiées et portées par le contrat ou scripte. Cette étymologie *me semble fort bonne et fort naturelle*. » (Page 103.) Et à moi, elle me rappelle cette facétie sur le mot *cordonnier*, homme qui donne des cors aux pieds !

(8) BARTOLE, après avoir dit (sur la loi 23, D. *deposit.*) : *Commendatum et depositum idem sunt*, ajoute, en faisant allusion au

(commande) était propre à toutes les sociétés dans lesquelles se rencontrait la combinaison d'un capital confié à un travailleur ; peu importait que la société fût purement civile, ou qu'elle eût le négoce pour objet, on ne distinguait pas ; le cheptel en est la preuve : et c'est à quoi Frémery n'a pas fait assez d'attention dans son tableau historique de la société en commandite (1).

379. Le rapport étymologique que je viens de signaler entre le cheptel et la commandite ne s'arrête pas aux mots ; il va jusqu'au fond des choses. La conformité des deux combinaisons se manifeste par les indices les plus clairs d'une commune origine.

En effet, de même que le cheptelier est tenu de tous les soins de l'administration du troupeau (2), de même le commandité est le gérant de la société et en gouverne seul les affaires ; de même que l'associé commanditaire n'est responsable que jusqu'à concurrence de sa mise, de même le propriétaire du troupeau n'est pas obligé aux dettes contractées par le preneur pour sa gestion, au delà de son apport et de la règle que la chose doit répondre pour les frais de sa conservation. Dans les anciennes coutumes, le bailleur à cheptel avait un droit de suite sur les animaux que le preneur aurait vendus ou détournés (3), et les créanciers personnels du preneur ne pouvaient rien faire au préjudice des droits préférables du bailleur (4). Dans l'ancienne commande, le donneur avait privilége sur les produits de retour, par préférence aux créanciers personnels du preneur, etc., etc.

380. Mais la commande commerciale, en s'appliquant à des intérêts moins locaux et moins restreints, a mieux mis en relief le double cachet de la commandite, à savoir, que le bailleur du fonds ne peut agir, et qu'il n'est tenu que jusqu'à concurrence du capital qu'il a mis dans la société. Les créanciers, plus souvent aux prises avec les sociétés de commerce qu'avec la modeste industrie des bergers, virent tout de suite leur position plus ouvertement caractérisée ; les voyages lointains des commandités montrèrent plus clairement dans quelle abstention le bailleur doit se renfermer pour se maintenir, à l'égard des tiers, dans une responsabilité restreinte à la mise. Car au moyen âge la commande était fort usitée, non-seulement dans le commerce de mer (5), dont parle seul Frémery (6), mais encore dans le commerce de terre (7). On confiait à un marchand ou à un marin qui entreprenait des excursions, un fonds en argent, ou bien en pacotille, pour en trafiquer dans les villes où se tenaient des foires, ou dans les ports où le bâtiment devait s'arrêter. Le marchand ou le marin avait une part dans le gain, et le bailleur de l'argent ou de la marchandise ne pouvait jamais être engagé au delà de sa mise. Ce contrat s'appelait contrat de *commande* (8), et en Italie *accomenda* (9).

---

commerce de Pise : « Pisani dicunt contrà *quod commendare aliud sit quam deponere.* »

(1) Page 86 de ses *Études de droit commercial.*

Add. Voici le chap. V des *Études commerciales* de cet auteur : « La société en commandite tire son origine et son nom de ce contrat de *commande* tant usité dans toutes les villes de la Méditerranée, pendant les premiers siècles qui virent se développer les relations commerciales. La coutume universelle des juridictions consulaires l'environnait de bien des priviléges ; ils sont tombés en désuétude, à mesure que l'on a moins senti l'utilité de protéger cette convention ; et aujourd'hui le donneur de *pacotille*, soit pour son compte seul, soit en compte à demi, ne peut guère invoquer que le droit commun. Les noms de *commande* et de *pacotille* ne sont pas même prononcés dans nos lois ; mais la convention, néanmoins, conserve encore un caractère assez distinct pour n'être pas omise par un jurisconsulte (Pardessus, tome III, nos 702 et 703).

« Ce contrat primitif consistait à confier à un marin, ou à un marchand faisant des voyages maritimes, un fonds en argent ou marchandises pour le convertir, par vente ou troc, en d'autres marchandises ou en argent, et à opérer de même sur le produit par plusieurs négociations successives, dans chacune des échelles que le navire devait parcourir, moyennant ou une commission ou une part d'intérêt.

« On le voit commencer, au plus tard pendant le treizième siècle, dans les lois établies par les croisés pour le royaume de Jérusalem (*a*). Le statut de Marseille y consacre plusieurs chapitres (liv. III, ch. XIX à XXIV), en le désignant sous le nom de *commendum* ; il en est également question dans le statut de Gênes (quatorzième et quinzième siècle), sous le nom de *commenda*, et dans le statut réformé (seizième siècle), sous le nom d'*accomenda*.

« On conçoit combien il fut important de protéger cette convention, à une époque où la confiance dans celui qui pouvait aller lui-même sur les lieux de débit, était la condition nécessaire d'une opération commerciale : le contrat de *commande* était le principal élément du commerce.

« Aussi trouva-t-on juste d'accorder au *commendans* un privilége sur les produits de retour, par préférence à tous les créanciers du *commendatarius*, ou preneur à pacotille. Tout achat fait par le preneur, après la remise de fonds qui lui avait été faite, était présumé de droit avoir été payé avec ces fonds, et affecté en gage au donneur. Plusieurs autres dispositions témoignent des précautions du droit commercial, pour mettre le donneur à l'abri des fraudes du preneur. En tout temps, il fut reconnu et hors de doute que le donneur ne pouvait jamais être engagé ni perdre au delà du fonds dont il avait commis l'administration au *commendatarius*, lors même qu'il y avait partage de profits et communauté d'intérêts.

« Ce dernier caractère du contrat de *commande* ne tarda pas à s'introduire du commerce maritime dans la constitution même des maisons de commerce. D'après le consentement unanime, tout commerçant put annoncer qu'il avait des associés, et à la condition qu'ils ne se présentassent point eux-mêmes comme personnellement obligés, en faisant des actes d'administration, ou en laissant mettre leur nom dans la raison sociale (*b*), ces associés ne pouvaient être recherchés ni poursuivis sur leurs biens ; en sorte que leur perte fut limitée au capital qu'ils avaient mis dans la société (*c*).

« Telle est la nature et l'origine de la société en commandite.

« Ce n'est point le contrat de *commande* ; mais c'est une société commerciale, modifiée par les principes de la *commande*. Elle existe longtemps sans en avoir adopté le nom. Enfin, vers le dix-septième siècle, on la désigne plus particulièrement par le nom de société en *commande* (*d*), per *viam accommenditæ* (*e*), enfin, société en *commandite*. »

(2) Art. 1800 et 1804 du code de commerce ; mon *Comm. du Louage*, nos 1054, 1071, 1065, 1072.

(3) Mon *Comm. du Louage*, no 1153, je cite Berry et Nivernais.

(4) Mon *Comm. du Louage*, no 1155.

(5) Voy. les statuts rapportés au no 381 ; EMERIGON, tome II, p. 398, 399.

(6) P. 36, 37, 38.

Add. Voy. la note 1 ci-dessus.

(7) Ord. de Louis le Hutin, du 9 juillet 1315, art. 5.

(8) DUCANGE, vo *Commande*.

(9) EMERIGON, t. II, p. 398.

(*a*) *Assises de la cour des Bourgeois*, ch. XLI et XLV, MSS. de la bibliothèque royale, et Pardessus, *Collection des lois maritimes*, tome I, p. 276 et 280.

(*b*) *Socius seu particeps teneatur cum sub ejus nomine, expressè vel tacitè, sit contractum* (Rote de Gênes, décis. 39, no 9.

(*c*) *Non intelligantur nec sint in aliquo obligati ultra participationem* (Stat. de Gênes, liv. IV, ch. XII, pr.). Voy. aussi ordonn. de Louis le Hutin, 1315, art. 5 ; ordonn. du Louvre, tit. I, p. 584.

(*d*) Maréchal, *Traité des changes et rechanges*, p. 217.

(*e*) Casaregis, *de commercio*, disc. 29.

381. On a prétendu, je ne sais sur quel fondement, qu'il avait pris naissance en Italie (1) : mais le commerce maritime de la Provence et du Languedoc a autant de droit que l'Italie à en revendiquer l'usage immémorial. On trouve la commande mentionnée dans les monuments les plus anciens de leurs pratiques marchandes, et Marseille et Montpellier peuvent citer pour elle leurs anciens statuts, aussi bien que Pise, Gênes et Florence. Frémery a cru, à tort, qu'elle n'a commencé au plus tard qu'au treizième siècle. Les statuts de Pise et de Florence, rédigés au douzième siècle, en 1160, en font déjà mention. Comme plusieurs auteurs graves ont enseigné que la commande était à cette époque bien moins une société qu'un mélange du mandat et du contrat de louage (2), je ferai remarquer que les statuts de Pise et de Florence, qui sont les plus anciens, la considèrent comme une association (3) ; elle a le même caractère dans les établissements de Montpellier du treizième siècle (4). Il y est dit :

« Celui qui aura pris *en commande ou en société* (*en commando o en companhia*), d'une personne quelconque, de l'argent ou de la marchandise pour les porter en un voyage *par mer* ou *par terre*, sera tenu, à son retour dudit voyage, de rendre compte fidèle de cette *commande* ou *société* et des profits qu'elle aura produits. »

Dans tout ce titre, la commande est toujours accolée avec la société, et les preneurs sont appelés *commendatori o companhi*.

Même langage dans les statuts de Marseille qui se rapportent aux années 1233 et 1253 (5). On y trouve un chapitre intitulé : *De societatibus et commandis* (6). Là, le mot commande n'est jamais séparé du mot société, comme si, pour les trafiquants de cette époque, la commande eût été la société par excellence, la seule société dont il fût nécessaire de s'occuper. Toujours ces formules : *Societas vel commenda, socii vel commendatores : receptio nomine societatis vel commendæ.*

Les statuts de Gênes, dont la rédaction est plus tardive (7), reproduisent la même formule et la même pensée :

« Si verò de rebus *in societate accomandatione, vel « pro implicitâ* (8) *commissis*, vel ex pecuniâ illâ, « emptionem aliquam fecerit, accomandator seu ac« comanditarius et particeps implicitæ, habeat ac« tionem tàm in rem quàm in personam contrà illum « cum quo contraxerit, et possit petere *totum debi« tum* quod sibi attigerit pro quantitate seu partici« patione. »

382. Sans doute il sera arrivé quelquefois, il sera arrivé souvent, que l'on aura confié une pacotille à un marin, chargé de la faire valoir à un titre qui n'était pas précisément une société, et qui rentrait plutôt dans la classe du mandat, du louage d'ouvrages, de la commission ou des contrats innomés (9). C'est la célèbre espèce de la pierre précieuse dont traite Ulpien dans la loi 44, D. *Pro socio* (10) ; et il faut convenir que, dans le *consulat de la mer*, la commande paraît, à quelques égards, envisagée de ce point de vue (11). Mais il n'en est pas moins vrai qu'en général la commande réveillait, chez les rédacteurs des usages maritimes et commerciaux, l'idée d'une association. La preuve n'en saurait être douteuse, après les citations que je viens de faire. De plus en plus, du reste, elle s'identifia avec la société, et les jurisconsultes la considérèrent exclusivement comme une espèce remarquable dans le genre des sociétés. « Acco« mandita, disait Casaregis, *sive societas inita per « viam accomanditæ*, quæ multùm solet practicari Florentiæ (12). » Delaurière s'en explique de même (13), et nous lisons dans Ducange, au mot *Commenda* : « SOCIETAS *mercatorum* quâ uni sociorum TOTA *nego« tiationis curâ commendatur, certis conditionibus* ; « gallicè, *société en commandite.* » Et il cite les statuts de Marseille, qui, en effet, sont la meilleure justification de cette définition. Puis, aux mots *Commendator, Commendatarius*, il ajoute : « *Mercator* socius, « qui alteri commendat *integram negotiationis cu« ram*, certis conditionibus. »

Valin, définissant le contrat de pacotille, par lequel on donne des marchandises à un marin pour les vendre à profit commun, dit : « C'est là une *espèce « de société* qui n'a rien d'illicite (14). » Emerigon appelle également du nom de *société nautique* la commande, ou *accomenda* des Italiens, pour une pacotille ; il donne même cette qualification à l'*implicita* dont il est question dans les statuts de Marseille et de Gênes (15). Mais nous verrons au n° 649 qu'il est plus régulier de mettre cette dernière combinaison dans la classe du contrat de louage.

383. Quoi qu'il en soit, la commande fut au moyen âge une des plus fréquentes combinaisons du commerce de terre et de mer ; elle alimentait la navigation de la Méditerranée ; elle faisait entreprendre des voyages profitables aux marins du bas Languedoc, de la Provence, de l'active Italie ; elle poussait les marchands vers l'Orient et dans l'Archipel, à la suite des croisés (16). Les Lombards, ces rusés Italiens qui allaient sucer la substance des peuples agriculteurs ou guerriers, les Lombards, dis-je, s'unissaient entre eux, par des sociétés de commandes, pour faire le change aux foires de Champagne (17) et emporter

(1) M. CRESP, *Consult.* pour les commanditaires Loubez, p. 3, 66, 90 ; VINCENS, *Des sociétés par actions*, p. 17.

(2) PARDESSUS, *Lois marit.*, t. II, p. 186, et t. IV, p. 527.

(3) Rubric. XI (PARDESSUS, t. IV, p. 571).

(4) PARDESSUS, *loc. cit.*, t. IV, p. 255.

(5) PARDESSUS, t. IV, p. 266.

(6) Chap. XIX.

(7) De 1588, lib. IV, cap. XIII (PARDESSUS, t. IV, p. 527).

(8) L'*implicita* est une espèce de commande dans laquelle le preneur se fait assurer un tant pour cent, payable à tout risque et quand même il y aurait perte sur la négociation. Il en est aussi question dans les statuts de Marseille (*loc. cit.*). Cette espèce de commande, fort usitée dans le commerce maritime, est plutôt un contrat de louage qu'une société, à cause de l'exemption du risque et de l'assurance du profit, qui répugne à la société (voyez *infrà*, n° 649).

(9) Voy. la note précédente.

(10) *Suprà*, n° 34.

(11) Cette compilation, que l'on croit être du treizième siècle, a consacré beaucoup de détails à la *commande* (PARDESSUS, t. II, p. 186, 192 et suiv., 199, 260).

(12) Disc. 29, n° 24.

(13) Glossaire, v° *Société en commandite.*

(14) T. I, p. 683, sur le livre III, tit. IV, art. 2, de l'ordonnance de la marine.

(15) T. II, p. 398, 399.

(16) Les assises de Jérusalem traitent de la commande, ch. XLI et XLV, De l'assise des bourgeois, et donnent pour exemple une pacotille prise en commande pour Chypre (voy. notre préface).

(17) Ord. de Louis X le Hutin, du 9 juillet 1315, art. 5 : « Les dits marchands italiens, pour change, *commande*, et quelques autres contrats qu'ils fassent ensemble l'un avec l'autre, ne seront par nous, ne par nos gens, repris ne reprochiez des cas d'usure. » Voy. les détails historiques de ceci dans notre préface.

d'énormes bénéfices, avec lesquels ils faisaient construire de superbes palais à Florence et à Pise (1). On faisait des commandes de marchandises, de navires (2), d'argent; on en faisait pour le négoce de mer, pour le négoce de terre, même pour les besoins de l'agriculture; car, je le répète, le cheptel n'est qu'une société de ce genre appliquée à l'élève des troupeaux. La commande vint aussi au secours des capitalistes nobles et bourgeois qui, retenus par les lois canoniques, ne pouvaient prêter leur argent à intérêt, et qui, d'autre part, ne voulaient pas faire ostensiblement le commerce. Cette ingénieuse idée, de ne faire entrer le bailleur de fonds dans les pertes que jusqu'à concurrence de sa mise, favorisait la direction des capitaux vers ce genre de placement : on trouvait commode de faire fructifier son argent sans engager sa responsabilité personnelle. Les capitaux, frappés de stérilité par les prohibitions de l'Église, trouvaient donc dans la commande un débouché licite et lucratif : c'était pour les nobles, que le commerce aurait fait déchoir, un moyen d'en tirer parti sans déroger (3) : leurs capitaux, confiés à un négociant, profitaient par son industrie, sans qu'ils fussent connus du public.

384. Telle est l'origine de la commandite; telle est sa physionomie jusqu'au XVIIe siècle. J'en ai tracé l'histoire dans la préface de ce livre. J'ai dit le rôle considérable qu'elle a joué, et les grandes entreprises auxquelles l'employa le commerce italien.

Quant à son caractère légal, ce qui domine dans cette période, c'est qu'elle n'a pas de raison sociale et qu'elle ne doit pas en avoir (4); car, par sa nature, elle laisse ignorer aux tiers le nom du commanditaire; elle n'agit au dehors que sous le nom seul, sous le propre et privé nom du marchand commandité, appelé complimentaire (5).

C'est ainsi qu'elle nous est dépeinte par Casaregis, le plus grand maître en droit commercial : « Accomandita, sive societas inita per viam accomanditæ, « quæ multùm solet practicari Florentiæ (6), nihil « propriè aliud est, quàm communis negotiatio inter « accomandantes et accomandatarium, *pro capitalibus respectivè ab eis in negotio expositis; in quo* « *non expenditur nomen accomandantium, sed accomandatarii* DUNTAXAT; *et sic jus formale ipsius* « *negotii residet penes accomandatarium, qui habet* « *totale exercitium et administrationem*, et PROPRIO « NOMINE *contrahit et distrahit*, at accomandans habet « tantùm interesse *per participationem pro ratâ capitalis immissi*, non verò per *proprietatem in jure* « *formali ipsius negotii*; itâ ut doci nequeat, quod « *vel ex mandato expresso vel tacito accomandantium* « contrahantes cum negotio, sequentur fidem et personam dictorum accomandantium (7). »

On le voit donc : la commandite se distingue surtout par ce côté dominant, savoir : qu'elle est une affaire occulte entre le commanditaire et le complimentaire, seul connu du public, seul en rapport avec lui.

385. Maintenant, avant d'aller plus loin, je dois signaler une circonstance qu'il ne faut pas perdre de vue dans l'étude de la commandite. Cette circonstance est que, d'après l'école italienne qui s'est beaucoup occupée de cette matière, et qui seule nous fournit des guides éclairés pour les temps antérieurs à notre ordonnance de 1673, la commandite est une branche de la société anonyme ou en participation. On ne la considère pas comme une société formelle et normale. On ne lui donne le titre de société qu'avec des réserves et des restrictions capitales. Si elle est qualifiée du nom exprès de société dans les statuts, ce n'est, d'après la doctrine, que dans la mesure pour laquelle la participation est admise au nombre des associations. Ainsi, un gentilhomme entre-t-il dans une société de commerce à qui il fournit des fonds, sans révéler son nom aux tiers, sans s'ingérer dans l'administration, voici ce qu'en dit le cardinal Deluca :

« Quodque admissio dicti marchionis (le marquis « André Maidalchino) ad illud particulare negotium, « tàm *pro subministratione pecuniæ, quàm pro ejus* « *protectione* (quæ, attentâ temporum qualitate, magna erat) *importasset simplicem participationem*, « *non autem societatem*, cùm ipse nunquàm proprium « nomen accomodasset, minùsque in negotii administratione se ingessisset; quinimò etiam hujusmodi participationem occultam esse optasset, ut « consuetudo est nobilium et qualificatorum virorum, « qui pecuniâ effluentes, itâ *sub negotiationibus quæ* « *ab aliis exercentur*, ad aliquod lucrum eos tenere « curant, *absque eo quod formalem societatem contrahant* (8). »

Ailleurs (9), Deluca examine la position des nommés Sacchetti et Valenti qui s'étaient associés avec Adrien Honorati, fermier des revenus publics, à condition qu'ils ne seraient pas nommés et que toute l'affaire se ferait sous la gestion et le nom d'Honorati, comme s'il était seul; et il soutient qu'ils ne sont que de vrais participants et pas des associés proprement dits.

Casaregis unit tellement la commandite à la participation, qu'il dit que le commanditaire : « *Habet* « *tantùm interesse per participationem pro ratâ capitalis immissi* (10). »

Et plus bas : « Commandantes non sunt socii, neque « *in jure formali, negotii considerantur condomini*, « *sed solum sunt* PARTICIPES (11). »

C'est aussi ce qu'enseigne Jorio, auteur du code Ferdinand, d'après la rote romaine : « I comanditanti « non sono socii, ma solamente *partecipi* (12). »

386. Reprenons à présent l'aperçu historique des progrès de la commandite; nous l'avons laissée à l'école de Casaregis; il faut voir ce qu'elle est devenue depuis.

Quelque grandes qu'aient été les spéculations auxquelles les Italiens se livrèrent en Europe et en Orient, il ne faut pas oublier cependant que la découverte du nouveau monde ouvrit au négoce un plus vaste horizon. Vers le XVIIe siècle surtout, le commerce avait embrassé de très-vastes combinaisons, et cet élan s'était soutenu sous les règnes de Louis XIV et de ses successeurs. Les compagnies des Indes orientales et occidentales avaient été organisées sur un large plan, en 1664 (13); d'autres entreprises avaient demandé à l'esprit d'association des capitaux et des forces, et

(1) MURATORI, dissert. 16.
(2) Consulat de la mer, chap. CLXVIII; PARDESSUS, tome II, p. 192.
(3) ROGUES, t. II, p. 237; TOUBEAU, p. 105; DELUCA, *de credito*, disc. 89, n° 5.
(4) *Suprà*, n° 369.
(5) TOUBEAU, p. 103; ROGUES et autres.
(6) On a vu dans la préface les preuves historiques et intéressantes de ce fait.
(7) Disc. 29, n° 24.
(8) *De credito*, disc. 89, n° 7.
(9) *De locat.*, disc. 27.
(10) Disc. 29, n° 24.
(11) N° 38.
(12) Giurisp. del comm., t. XXV; *junge* cons. de M. CRESP, page 33.
(13) Voy. l'ord. dans BORNIER, t. II, p. 476.

le droit commercial français, qui, presque toujours jusqu'alors, avait vécu des emprunts faits à l'Italie, reçut de la main de Louis XIV la célèbre ordonnance de 1673, l'un des plus beaux monuments du génie organisateur de ce grand roi.

Dans le titre de cette ordonnance qui traite des sociétés, la commandite trouve une place à côté de la société collective; elle se détache de la société anonyme ou participation (1), dont l'ordonnance ne parle pas. Elle prend le caractère et le rôle d'une vraie société, d'une société constituée telle, à l'égal de la société collective, quoique avec des conditions différentes. On laissera donc désormais à l'école italienne l'idée de séparer la commandite de la société formelle. La commandite, depuis l'ordonnance de 1673, a pris plus de consistance; elle compte parmi les associations qui ont le droit de se revêtir du nom de sociétés proprement dites. Je recommande cette observation à l'attention du lecteur; elle est nécessaire pour ne pas abuser de la doctrine des auteurs italiens, et pour ne pas fausser par des citations mal comprises l'ordre d'idées de notre jurisprudence française.

Du reste, l'ordonnance de 1673 ne donne pas de définition de la société en commandite. Pour en connaître les éléments et la portée, il faut la suivre dans son mouvement pratique, plus encore que dans les explications théoriques données par les auteurs. Beaucoup de jurisconsultes anciens en ont parlé (2); mais ce qu'ils en disent est beaucoup moins instructif que les faits dans lesquels nous surprenons la commandite mise en action.

387. Et, d'abord, il faut distinguer la commandite entre négociants, et la commandite entre un négociant et un particulier.

Quand un particulier commanditait un négociant, en mettant dans son commerce une somme d'argent pour la faire profiter, ce particulier, quoique maître dans une société à laquelle il donnait la vie par ses capitaux (3), ne devait cependant faire aucun acte extérieur d'associé (4); presque toujours, magistrat ou gentilhomme, il eut cru déroger s'il eût mis la main à des actes de gestion incompatibles avec ses devoirs, son caractère et ses préjugés; il restait ignoré du public; ses fonds alimentaient le négoce; mais sa personne n'entrait pas dans l'action commerciale.

Savary, dans ses formulaires, a donné les statuts d'une commandite entre un secrétaire du roi et un négociant pour commerce des laines, toiles, draps, merceries avec les Indes (5).

Le négociant, appelé Loiseau, fait tout le commerce sous son nom. Il achète, il expédie, il vend sans le consentement du simple particulier appelé Duclos, qui s'est confié dans sa probité; il suffit qu'il justifie la confiance du commanditaire par son zèle et sa bonne conduite.

Duclos a apporté 50,000 fr., il ne peut perdre que jusqu'à concurrence de cette somme (6); il n'agit pas, il ne contribue pas par son industrie; toute l'action repose dans les mains de Loiseau, qui risque tout son bien dans cette entreprise, et qui, par cela même, est intéressé à la conduire avec la plus grande prudence. Du reste, Loiseau doit rendre compte à Duclos, il doit lui soumettre toutes les factures.

388. Cette société d'un particulier et d'un marchand ne devait pas être enregistrée. L'ordonnance ne l'exigeait pas, par condescendance pour les capitaux civils qu'elle voulait attirer vers le commerce, tout en laissant aux capitalistes la certitude que leurs personnes échapperaient aux recherches du public (7). Cependant des inconvénients graves résultaient de cette concession (8).

389. En effet, le commanditaire, dont la position n'était pas fixée par l'enregistrement public de la société, n'avait rien de plus facile que de se faire passer pour un simple créancier du commandité; d'autant que les livres du gérant n'inscrivaient pas les fonds reçus comme capital social, et ouvraient au commanditaire un simple compte de créancier. Il arrivait de là qu'en cas de faillite du commandité, le commanditaire achetait par quelques sacrifices le silence de son associé, et venait au sou la livre avec les autres créanciers de la société, tandis que si la société eût été connue, il aurait dû supporter sa part des dettes sociales jusqu'à concurrence de sa mise. Cette manœuvre revenait souvent dans les faillites. Savary la signale comme fréquente (9). Elle frustrait les créanciers d'un recours qu'ils auraient légitimement exercé sans la connivence des associés. L'ordonnance livrait donc les créanciers à la bonne ou mauvaise foi du failli; elle n'était pas assez sévère contre les fraudes. Mais elle avait été arrêtée par une barrière, à ses yeux infranchissable, à savoir, la nécessité de laisser aux commanditaires le secret de leur position.

390. Maintenant, arrivons à la commandite entre négociants; nous allons trouver des faits qui contrastent singulièrement avec les idées que le code de commerce nous donne de la commandite.

Savary a tracé le modèle d'une société en commandite entre quatre individus négociants, pour l'établissement d'une manufacture de marchandises de soies et de brocarts: en voici le mécanisme (10).

D'abord le fonds capital de la société est composé, 1° par Fournier, marchand de Paris, dont les versements sont ainsi échelonnés: 30,000 fr. comptants, puis 20,000 fr. deux mois après, puis 10,000 fr. un mois après le second versement; total, 60,000 fr.; 2° par les frères Langlois, de Lyon, qui apportent comptant pareille somme; Delamarre fournit son industrie et point de capitaux; c'est lui qui fera marcher la fabrication et dirigera la conduite de la manufacture.

391. Ici, nous devons mettre en relief un fait des plus remarquables, parce qu'il répugne à la commandite telle que nous la comprenons aujourd'hui.

Les bailleurs de fonds sont loin d'être condamnés à l'inaction; au contraire, ils doivent donner à la société un utile secours. Les frères Langlois achèteront sous leur nom, en Italie, les soies, l'or et l'argent filé nécessaires à la confection des étoffes; Fournier fera à Paris le débit de ces étoffes sous son nom. Ainsi, chacun a son rôle actif; chacun est complimentaire dans sa spécialité; Delamarre, à Lyon; les frères Langlois, en Italie; Fournier, à Paris.

Les profits et pertes sont partagés ainsi qu'il suit: 3/8es à Fournier, 3/8es aux Frères Langlois, 2/8es à Delamarre.

L'établissement portera le nom de *Manufacture de François Delamarre*. Ce dernier ne pourra monter

(1) *Infrà*, n° 399.
(2) Savary, t. I, p. 356, et t. II, parères 52, 55, 63; Jousse sur l'ord. de 1673; Bornier, *Conf. des ord.*, t. II, sur l'ord. de 1673; Pothier, *Société*, n°s 60 et 102, etc., etc.
(3) Voy. la définition que Savary donne de la commandite.
(4) Toubeau, p. 103.
(5) T. I, p. 400.
(6) Art. 18.
(7) Savary, t. I, p. 366.
(8) Rogues, t. II, p. 327.
(9) T. I, p. 366, 367.
(10) T. I, p. 391

aucuns nouveaux métiers sans le concours de ses coassociés ; il ne pourra rien vendre sans la permission des frères Langlois.

392. La société n'a pas de raison sociale ; chacun a ses fonctions à part, agit séparément, sous son nom particulier ; et à ce sujet Savary fait les réflexions suivantes sur lesquelles j'appelle l'attention du lecteur. « Il est de cette société *en commandite* comme des « anciennes républiques, dont la souveraineté résidait « dans le peuple, par le suffrage duquel toutes les « choses se faisaient, et dont les plus illustres parti- « culiers élus dans les charges publiques agissaient « chacun à diverses choses, qui se rapportaient toutes « à l'augmentation et à la conservation de la répu- « blique et du bien public. C'est aussi dans *la société* « *en commandite* que réside toute la puissance du « commerce qui s'y fait, et les associés qui la compo- « sent *agissent et travaillent séparément, et chacun* « *en leur particulier*, pour le bien et avantage de « cette société, sans pouvoir pourtant rien faire d'eux- « mêmes, sans le consentement les uns des autres, « que ce qui a été convenu par l'acte de société (1). »

Maintenant, je le demande, cette république dans laquelle réside toute la puissance du commerce, et qui se meut par l'action individuelle de chaque associé, coopérant dans sa spécialité au bien commun, est-ce là la commandite dont le code de commerce a dessiné la structure et l'organisation ?

393. Mais poursuivons. Les billets se feront sous le nom particulier de chaque associé ; point de signature en nom collectif. Il y aurait de grands inconvénients à ce qu'ils fussent souscrits du nom des trois associés ; car, étant séparés les uns des autres, ils ne pourraient pas apposer facilement leurs signatures. Signer *Un tel et compagnie* ne seroit pas non plus dans la nature de la commandite ; car, dans cette société, « les *associés ne s'obligent pas l'un et l'autre,* « *quoique les choses qu'ils traitent aillent au bien et à* « *l'avantage de la société*, mais seulement chaque as- « socié en particulier *s'oblige en son propre et privé* « *nom aux choses qu'il s'est obligé de faire par l'acte* « *de société* (2). » Par exemple, les négociants d'Italie qui auront confié des soies aux frères Langlois ne connaîtront que ces derniers pour leur payement ; et pourquoi ? parce que l'ordre leur aura été donné dans le propre et privé nom des frères Langlois, et non pas dans le nom collectif des associés. Si les frères Langlois venaient à faire faillite, les marchands d'Italie n'auraient aucune action directe contre Fournier et Delamarre (3).

De même, les teinturiers, les ouvriers, etc., qui auront travaillé pour la manufacture, ne s'adresseront qu'à Delamarre qui les a employés ; ils n'auront aucune action directe contre les autres associés (4).

Enfin, si les ventes que Fournier avait faites à Paris donnaient matière à des difficultés, les acheteurs n'auraient pas non plus d'action contre les frères Langlois et contre Delamarre ; ils ne pourraient s'adresser qu'à Fournier.

Et réciproquement les frères Langlois et Delamarre n'auraient aucune action directe pour demander payement aux acheteurs qui auraient traité avec Fournier (5).

394. Après d'autres combinaisons dont il est inutile de parler, Savary veut, avec l'ordonnance de 1673, qu'on fasse enregistrer la portie de la société qui intéresse le public. Car il n'en est pas de la société en commandite entre marchands, comme de la société en commandite entre un marchand et un particulier. Si celle-ci ne doit pas être enregistrée, l'autre est nécessairement soumise à cette formalité. Or, quelles sont les choses que le public a intérêt à connaître dans cette association ? Une seule, à savoir, que la société existe, afin qu'en cas de faillite de l'un des associés, ses créanciers puissent connaître ce qui lui appartient et exercer ses actions. Par exemple, Fournier peut faire pour son compte un commerce particulier qui entraîne sa ruine. Dans ce cas, si la société n'était pas connue, l'actif que Fournier y a serait perdu pour les créanciers. Le reste est étranger au public. Chaque associé agissant en son propre et privé nom, les tiers ne suivent pas la foi de la société. Sous ce rapport, ils n'ont pas intérêt à la connaître.

395. Telle est l'organisation modèle que nous donne Savary d'une société en commandite entre marchands. Ce système, je le répète, ne ressemble en rien à la commandite du code de commerce. Dans ses parères, nous trouvons une pareille société fonctionnant pour des affaires qui se rattachent au commerce colonial. Noël, Thouret et Renoult avaient fait ensemble une société en commandite (6) pour l'établissement d'une habitation dans l'île Saint-Christophe. Cette habitation devait être régie et gouvernée par Renoult. Les produits devaient être expédiés à Rouen à Thouret, qui était dans cette ville le complimentaire de la société, comme Renoult en était le complimentaire à Saint-Christophe ; enfin Noël avait aussi une part active dans les opérations ; il faisait des expéditions pour la colonie. Chacun, au surplus, agissait en son nom privé ; et les dettes qu'il faisait ne pouvaient réfléchir sur ses coassociés que jusqu'à concurrence de leur fonds capital (7). De telle sorte que les dettes contractées à Saint-Christophe par Renoult, gérant de la sucrerie, ne pouvaient obliger Thouret et Noël que jusqu'au montant de leurs mises, bien qu'à Rouen et sur le continent ils se fussent immiscés dans des affaires liées au mouvement de la société (8) !

396. Il paraît qu'à l'époque à laquelle écrivait Savary la société en commandite n'avait jamais arboré l'étendard social, c'est-à-dire, qu'elle ne s'était pas encore produite aux yeux du public sous une raison sociale. Mais bientôt cet état de choses changea, et la commandite, se développant dans d'autres proportions, adopta en France et en Hollande une raison sociale (9). Elle divisa même très-souvent son capital social en actions (10). La fameuse banque royale, imaginée par Law, était une société en commandite par actions sous la raison Law et compagnie (11).

On voit par là que Pothier, trop attaché à Savary, n'a pas suivi les progrès de la commandite, quand il

(1) T. I, p. 397.

(2) SAVARY, *loc. cit.*

(3) SAVARY, t. I, p. 397.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*

(6) *Sic*, parère 52.

(7) T. II, p. 447.

(8) Voy. aussi, parère 23, la société de deux maisons agissant chacune sous son nom, mais pour l'intérêt commun.

(9) MERLIN, *Répert.*, v° *Société*, p. 674 et 675 ; il cite des exemples.

(10) Voy. un exemple aux *Quest. de droit* de MERLIN, v° *Actionnaire*, page 103. C'est une manufacture de glaces, constituée *en commandite*, dont le capital social est divisé par actions. Nous avons vu, du reste, dans la préface, que cette circonstance n'était pas nouvelle, et qu'en Italie la ferme des revenus publics se divisait entre les associés en actions cessibles. *Junge infrà*, n° 424, différents autres exemples.

(11) BRILLON, v° *Banque*, n° 1 ; lettres patentes du 2 mai 1716.

a dit que la société collective avait seule un nom social, et que dans la commandite le commerce ne devait s'exercer que sous le nom d'un seul gérant (1). Si tel était l'usage des temps primitifs, la pratique commerciale l'avait modifié, et cette pratique s'appuyait sur les nouveaux besoins de l'industrie.

397. Ce n'est pas tout.

Nous avons vu tout à l'heure qu'une société en commandite entre marchands pouvait être l'union de plusieurs maisons de commerce travaillant dans un intérêt social, mais sous leur propre et privé nom et dans une spécialité déterminée par l'acte de société.

Cette combinaison était loin d'être la seule pratiquée. On voit des sociétés en commandite régies par des directeurs, affichant les noms de leurs membres, les soumettant à la solidarité dans la mesure du capital social, et, pour le surplus, les obligeant au sou la livre. Alors l'esprit est forcé de perdre de vue non-seulement les idées italiennes sur la commandite, mais même les définitions des jurisconsultes français, postérieurs à 1673. Il semble que désormais la seule manière d'éviter l'erreur dans cette matière, c'est de dire que toute société qui n'est pas collective est société en commandite.

Arrêtons-nous à un exemple frappant de cette sorte d'amalgame de tant d'éléments divers (2). Un édit de Louis XIV, de mai 1686, portait création et règlement d'une compagnie générale pour les assurances et grosses aventures de France, en la ville de Paris; elle disait dans son préambule : « C'est ce qui nous a « porté à exciter plusieurs *négociants* et autres per« sonnes *entendues au commerce de s'associer en« semble pour l'établissement d'une chambre générale « d'assurances, en corps de compagnie*, FONDS ET « SIGNATURES COMMUNES, *à condition de faire par eux « un fonds considérable.* » Dans la pensée de Colbert, rédacteur de cet édit, cette compagnie devait être composée de trente associés, dont cinq devaient être élus à la pluralité des voix pour en être les directeurs. Les noms de tous les associés devaient être inscrits dans un tableau affiché au bureau général des assurances (3). Ces cinq directeurs devaient être remplacés à certaines époques (4).

Le fonds devait être de 300,000 livres, divisé en soixante et quinze actions de 4,000 liv. chacune (5).

L'édit ajoutait :

Faute par les associés de payer aux termes convenus, ce qu'ils auront avancé sera perdu pour eux et acquis à la société, sans qu'ils puissent être déchargés des pertes qui pourront arriver sur les engagements que la compagnie aura contractés jusques et compris le jour qu'ils auront été en défaut de payer (6).

Tous les actes de la société, polices, billets, lettres de change, devront être signés par les directeurs. Mais ni les directeurs signataires, ni les associés ne seront contraints solidairement au delà des 300,000 liv. formant le fonds social. Cependant, ils pourront être contraints, chacun au sou la livre, et à proportion de leur intérêt, au delà des 300,000 livres (7).

En cas que le fonds de 300,000 livres soit diminué par des pertes, il sera rétabli à ce taux par contribution au sou la livre, et à proportion de la part que chaque associé aura signée dans la société; et, en cas de refus, les récalcitrants seront exclus de la société, de plein droit, huit jours après sommation. Ils perdront toutes leurs avances qui demeureront acquises aux autres associés.

Le fonds de la société est spécialement affecté aux polices, sans pouvoir être diverti pour aucunes autres dettes.

Les actionnaires ne dérogent pas à la noblesse; et cependant ils pourront faire les assemblées nécessaires (8), nommer les commis (9), les destituer et remplacer (10); du reste, la compagnie aura seule le privilége de faire des assurances (11).

En vertu de cet édit, dû à la prévoyance du grand Colbert, la compagnie se constitua; ses statuts, rédigés devant notaire, le 20 mai 1686, furent calqués sur ces prescriptions, ordonnées dans un esprit de conciliation entre les intérêts des tiers et les intérêts de la société. Quel est le nom que se donna la compagnie? Celui de société collective? Non, elle ne le pouvait pas; ses obligations étaient moins sévères que celles des associés collectifs. Elle prend donc le titre de société en commandite (12), qui, à l'avenir, appartient aux sociétés qui s'écartent de la société collective et se distinguent par des particularités et des anomalies; ce qui faisait que Leprêtre appelait la commandite *société conditionnée* (13).

Maintenant, voici le résumé de ces statuts :

Fonds capital de 300,000 liv., soixante et quinze actions de 4,000 liv. chacune; payement des actions en quatre payements égaux : le premier, comptant; le second, quatre mois après; le troisième, dans six mois; le quatrième et dernier, trois mois après.

D'après cela, le fonds devait être complet dans neuf mois; chacun devait souscrire, à cet effet, des billets au porteur; faute de les payer, acquisition à la compagnie des avances faites, sans que les refusants soient déchargés des obligations souscrites par la société jusqu'au jour du refus de payer.

Tableau de tous les associés. Inscription de leurs noms.

Création de cinq directeurs, remplaçables d'époques en époques; ils signeront les polices, les billets, et feront les négociations pour le bien commun de la compagnie.

Les directeurs et associés ne seront obligés et contraignables solidairement que jusqu'à concurrence du fonds de 300,000 liv. Si ce fonds ne suffisait pas, ils ne seront obligés et contraints qu'au sou la livre, et à proportion de l'intérêt qu'ils auront pris dans la société.

Assemblée générale de la compagnie tous les mardis.

Le 5 janvier de chaque année, répartition des bénéfices et de tout ce qui sera trouvé au delà des 300,000 liv. Si au contraire, ce fonds est diminué, il se fera une contribution au sou la livre, au prorata de ce que chaque associé aura d'intérêt dans la compagnie.

Ledit 5 janvier, la société fixera le prix des actions, et cette évaluation servira de taux pour les mettre en commerce, à la vente desquelles (*qui ne*

(1) Nos 57, 60; SAVARY, parères 23, 65; ROGUES, tome II, p. 237, etc.

(2) *Infrà*, n° 919.

(3) Art. 2.

(4) Art. 3.

(5) Art. 4.

(6) Art. 5. Voy. *suprà*, n° 199, ce que je dis des controverses sur une clause de ce genre.

(7) Art. 6 et 7.

(8) Art. 1.

(9) Art. 9.

(10) Art. 13.

(11) Art. 25.

(12) Voy. dans BORNIER, t. II, p. 476 et suiv., ses statuts avec l'édit de COLBERT.

(13) 2e centurie, ch. LXXXII.

pourra être faite à plus haut prix) la compagnie sera préférée.

Au décès d'un des associés, ses veuve, héritiers, créanciers, seront tenus de vendre leurs actions dans un an au plus tard, sur le pris de la dernière évaluation, et *à charge de préférence pour la compagnie*. Les représentants de l'associé décédé cesseront de participer aux bénéfices et pertes, à commencer du lendemain du décès.

Les actions sont réputées mobilières.

Ces statuts furent approuvés par le roi en son conseil, le 6 juin 1686.

398. J'en ai dit assez pour montrer quel était l'état des choses quand fut préparé le code de commerce. On le voit, l'usage et la nécessité avaient dépassé les formules des jurisconsultes. La commandite n'était plus nécessairement une opération secrète entre le capitaliste et le marchand ; elle avait agrandi le cercle de ses moyens ; elle avait compris la possibilité de fortifier la puissance du commerce par les secours d'une certaine mesure de publicité (1).

Voilà donc le système qui s'était érigé dans les affaires, tantôt avec le concours de la haute administration du royaume, tantôt par la force de la pratique, plus puissante que les définitions des légistes. Ce système, fallait-il l'accepter en l'épurant ? Ou bien le droit devait-il rétrograder vers la commande des croisades et des marins de la Méditerranée ?

398 2° (2).

399. Lors de la discussion du code de commerce, des divisions sérieuses se manifestèrent dans le sein du conseil d'État. Merlin, oubliant l'extension que la commandite avait prise, plus encore dans la pratique qu'en théorie, ne pouvait détacher ses yeux de la commande primitive, de la commande réduite aux étroites proportions qui l'avaient marquée à sa naissance ; et quand ses collègues du conseil d'État, mieux instruits que lui des procédés des négociants (3), protestaient en faveur des usages modernes, son esprit éprouvait quelque trouble, et sa grande expérience du droit n'était pas toujours suffisante pour suppléer à son inexpérience du commerce.

Ainsi, par exemple, persistant à fondre la société en commandite dans la société anonyme ou en participation (4), dont l'ordonnance de 1673 l'avait détachée (5), il ne voulait pas que la commandite pût avoir un nom social, exigeant que tout se fît sous le nom d'un seul gérant, ainsi que cela se pratiquait du temps de Savary ; comme si, depuis cette époque, les intérêts n'avaient pas marché dans d'autres voies.

« Merlin ne convient pas qu'il puisse y avoir une « société en commandite entre deux personnes seulement, dont l'une gère sous un *nom social* ; car ce « nom annonce au public une société collective, et, « par cela seul qu'un négociant signe *Un tel et compagnie*, il manifeste au public qu'il a un associé non « commanditaire. On sait bien que, dans quelques « places de commerce, on s'est habitué à l'emploi « d'un nom social, alors même qu'il n'existe qu'une « société en commandite entre deux personnes ; mais « cet usage est une source de surprises que l'on ne « peut prévenir qu'en le proscrivant ; car on ne les « préviendrait pas en ordonnant que la société en « commandite sera enregistrée ; *elle ne doit pas l'être, « et l'ordonnance de 1673 ne l'exigeait pas, parce « qu'il faut laisser au commanditaire la facilité de « demeurer ignoré* (6).

« Bégouen dit que le public ne peut être trompé « par l'usage qu'on fait d'un nom social. Celui qui « forme l'entreprise est toujours obligé de faire enregistrer la société. Si les associés sont solidaires, « il le déclare ; s'il a un associé commanditaire, il « peut ne pas le nommer ; mais il déclare quelle est « sa mise.

« Cretet ajoute : On a demandé comment signerait « le marchand qui n'aurait pour associé qu'un seul « commanditaire : il signera *Tel et compagnie*, et le « public entendra très-bien une formule à *laquelle il « est accoutumé et dont le sens est fixé par l'usage*. »

400. Ces observations empêchèrent les esprits de dévier. L'usage commercial, rappelé par Cretet, fut sanctionné par l'art. 23 du code de commerce. Les précautions prises par le législateur pour la publicité des sociétés en commandite lui enlèvent tous les abus dont on argumentait au conseil d'État. On s'étonne que Vincens, et Legoux son annotateur, en demandent l'abrogation (7) ; s'il fallait en croire les conseils de certains réformistes, toute la partie féconde et

---

(1) Voy. *infrà*, n° 838, l'utilité pratique de cet historique.

(2) **Add.** *La société en commandite est inconnue en Angleterre et aux États-Unis.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 223 : « Cette espèce de société, où le commanditaire n'est qu'un simple bailleur de fonds qui reste étranger à l'administration, et ne doit jamais son industrie à la société, n'est peut-être pas en parfaite harmonie avec les principes rigoureux de ce contrat ; aussi n'est-elle pas permise par toutes les législations : en Angleterre et en Amérique, elle est entièrement inconnue ; ce qu'ils appellent *sleeping partners*, associés dormants, n'étant que des associés qui ne participent pas à l'administration, mais qui ne sont pas moins solidairement obligés avec les administrateurs. Mais les avantages que le commerce retire de ces associations, sont si grands, qu'il eût été déraisonnable, surtout en matière commerciale, de s'attacher à une théorie rigoureuse, et d'y sacrifier des intérêts précieux. Par le moyen de ces associations, les personnes étrangères au commerce peuvent y prendre part, limiter leurs pertes à leur mise, et voir se développer devant eux le vaste champ de l'espérance, et peut-être des bénéfices : c'est en grande partie à cette espèce de société que nous devons l'accroissement de notre industrie et l'extension de notre commerce. En attirant vers l'industrie une partie des capitaux des classes riches, elle leur a donné du goût pour les opérations commerciales, toujours chanceuses, il est vrai, mais où les bénéfices ne sont limités que par l'industrie des gérants, tandis que la perte ne peut dépasser des bornes fixées à l'avance : elle a de plus contribué à détruire chez nous une foule de préjugés. Des peuples essentiellement commerçants, où le commerce et l'esprit d'association sont dans les mœurs, peuvent développer leur industrie malgré quelques obstacles que présente la législation, et que la nécessité fait surmonter ; mais chez un peuple comme les Français, où le commerce n'occupe pas presque exclusivement la pensée de la population, où il y a une foule d'autres moyens d'utiliser ses capitaux, il était indispensable d'encourager cette utile industrie par une législation en rapport avec ses besoins. »

(3) *Infrà*, n° 920.

(4) LOCRÉ, t. XVII, p. 185.

(5) *Suprà*, n° 386 ; elle ne parle pas de la participation, et règle la commandite.

(6) *Junge* ROGUES, t. II, p. 237. Mais si MERLIN avait mieux recueilli ses souvenirs, il aurait vu que la société en commandite entre marchands devait toujours être publiée.

(7) *Législ. comm.*, t. I, p. 317, note.

Add. VINCENS disait : « On avait même proposé que les mots *et compagnie* dans la raison sociale ne pussent servir à annoncer des sociétés commanditaires, en sorte que cette dénomination vague aurait nécessairement désigné des associés collectifs nommés. On rejeta cette idée comme contraire à l'usage. »

LEGOUX dit en note : « On a eu grand tort ; un usage qui ne peut avoir aucune utilité, et qui ne peut, au contraire, que tromper la confiance et la simplicité, devait être sévèrement proscrit, malgré les clameurs des vieilles routines. Ne dirait-on pas que

progressive du code de commerce sur les sociétés serait sacrifiée à de vaines frayeurs.

On prétend, à la vérité, que cet usage est sans utilité. Comment ! il est sans utilité que Pierre, qui était connu pour un homme industrieux, mais pauvre et sans capitaux, et qui, tout d'un coup, se place à la tête d'un commerce qui nécessite un emploi considérable de fonds, apprenne au public que le crédit est venu à son secours, et qu'il s'appuie sur un fonds social ferme et respectable ! Il est sans utilité que Pierre, qui, réduit à ses propres forces, n'eût qu'imparfaitement commandé la confiance publique, emploie un moyen légitime de la conquérir tout entière !

401. Ainsi donc, voilà la société en commandite largement et fortement organisée. Le législateur a plutôt sous les yeux les grandes tentatives d'association faites sous Louis XIV que la commandite du moyen âge.

402. Et non-seulement il lui demande une signature sociale, mais il lui permet de diviser son capital social par actions, afin d'attirer à elle de grandes masses de capitaux civils ; il sanctionne un usage approuvé par l'utilité commerciale (1). Il régularise une précieuse conception du crédit, et l'offre aux besoins de l'industrie moderne.

403. De plus, la commandite pourra, ou accéder à une société collective et se combiner avec elle, ou bien marcher seule dans sa propre organisation, sous un gérant industrieux et sous une raison sociale qui annonce au public une association de capitaux venant au service du commerce.

404. Mais, à la différence de l'ancien droit, la commandite sera toujours publiée, soit qu'elle n'associe que des négociants, soit qu'elle unisse des commerçants et des non-commerçants. On taira les noms dans l'enregistrement ; mais on fera connaître les sommes des capitaux. L'ancien droit avait longtemps cherché une combinaison de cette nature, sans pouvoir la trouver (2), et il reconnaissait lui-même l'insuffisance de ses moyens (3). Rien n'est plus simple que l'idée du code de commerce ; c'est l'œuf de Christophe Colomb.

405. Enfin, les commanditaires, commerçants ou autres, sont toujours condamnés à l'inaction ; tout doit se faire sous le nom social par le gérant. Le commanditaire qui s'immisce dans la gestion est puni par la solidarité.

406. Telle est l'organisation éclectique que le code de commerce a donnée à la société en commandite. Sans adopter aucun système exclusif, il a un peu emprunté à tous, pour composer un régime qui n'est ni entièrement neuf, ni entièrement vieux, et qui a tous les avantages des théories antérieures, dégagées de leurs inconvénients (4).

Ce que je crois fermement, au surplus, c'est qu'il y a là dedans quelque chose de plus avancé et de meilleur que dans les anciens rudiments de la commandite maritime ; et lorsque je vois certains auteurs ou économistes ombrageux vouloir que nous reculions vers le type primitif, ils oublient que les intérêts commerciaux ont d'autres besoins à satisfaire, et que de nouvelles affaires exigent de nouveaux moyens.

407. Je sais bien que le code de commerce a beaucoup compté sur la sagesse des capitalistes et la prudence des spéculateurs. Dans l'ancienne monarchie, presque toutes les grandes commandites avaient été constituées en vertu d'un privilége et de lettres patentes : témoin la compagnie des assurances et la banque royale.

Aujourd'hui, le législateur a laissé à la liberté le soin de créer les sociétés en commandite ; il a dégagé de toute entrave administrative cette espèce d'association, tout en lui laissant le développement de moyens, que l'autorité contrôlait autrefois. Mais la liberté saura ne pas abuser de cette confiance mise en elle. Quelques surprises passagères seront sans doute inévitables ; n'en a-t-on pas vu des exemples sous le régime des priviléges ? N'y a-t-il pas eu des Laws par ordonnance, comme il y en a de par la liberté ? Toutefois, le bon sens public ne laisse pas perdre ses droits, et la raison est plus forte que les agioteurs et les imprudents (5).

408. Entrons maintenant dans le mécanisme de la société en commandite, telle qu'elle est sortie des mains du législateur moderne ; étudions-en les ressorts.

En premier lieu, l'art. 23 du code de commerce veut qu'elle soit régie sous un nom social. On voit que c'est le contre-pied du droit primitif, qui ne concevait la commandite qu'à la condition qu'elle serait cachée au public et que tout le commerce se ferait sous le nom privé du commandité. Aujourd'hui, la commandite doit avoir un nom social ; sinon elle cesse d'être une société en commandite, avouant par là qu'elle n'est pas même une société ; qu'elle n'a ni corps, ni capital social (6). Suivant les cas, elle dégénère en association en participation. Nous nous occuperons plus bas de ce genre de société.

409. Il ne suffit pas qu'il y ait une raison sociale qui régisse la commandite, il faut encore que cette raison sociale réunisse certaines conditions pour offrir au public les garanties désirables.

Pour cela, il est exigé, par l'art. 23 du code de commerce, que les noms placés dans la raison sociale soient nécessairement ceux de personnes associées avec le commandité. Des personnes étrangères à l'association ne sauraient en être les gérants ; car, autrement, il serait trop facile de jeter en avant des noms d'emprunt, sans valeur et sans responsabilité réelle. Il faut que les gérants mis en évidence par la raison sociale soient liés au succès de l'opération par un intérêt d'associé, afin qu'ils ne se laissent pas entraîner dans des aventures imprudentes, et que leur part dans la société rassure leurs coassociés et les tiers sur la marche de l'administration et sur le crédit de l'entreprise.

410. Comme tout le négoce se fait sous le nom des gérants associés, la conséquence est qu'ils sont responsables indéfiniment et solidairement (art. 23 du code de commerce). On aperçoit par là combien est ingénieuse l'organisation de la commandite ; tandis que les simples commanditaires, cachés sous le voile de l'anonyme, forment une association de capitaux dans laquelle leurs fonds plutôt que leurs personnes sont engagés, il y a au-devant d'eux, et en face du public, des hommes industrieux qui donnent le mouvement à ces capitaux, qui les font fructifier par leur

---

tous ceux qui contractent avec un homme dont la signature annonce qu'il est membre d'une société, sont à portée d'aller vérifier si cette raison sociale ne supposerait pas mensongèrement des associés solidaires ! »

(1) Lotta disait, au conseil d'État : « Quant aux sociétés en commandite, elles se forment ordinairement par actions. » (Locré, t. XVII, p. 187.) *Suprà*, n° 152.

(2) *Suprà*, n°s 388, 389, 394.

(3) *Suprà*, n° 389.

(4) *Infrà*, n°s 450, 451, comparaison de la société anonyme et de la société en commandite.

(5) Je me suis étendu sur cette idée dans la préface.

(6) **Add.** Voyez ci-dessus les notes de jurisprudence sous le n° 376.

activité et leur intelligence. Ceux-ci, sans cesse en rapport avec les tiers, assument sur eux-mêmes une responsabilité personnelle et solidaire; et cet engagement personnel vient fortifier la confiance qui repose sur le fonds social anonyme (1).

411. Ainsi, la même entreprise peut être à la fois société en nom collectif à l'égard des gérants désignés dans la raison sociale, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds (2).

412. Du reste, il peut n'y avoir qu'un seul gérant; il n'y a pas alors de société en nom collectif mêlée à la commandite; ce gérant unique est personnellement et seul responsable.

413. Ordinairement, lorsque de vastes sociétés en commandite se constituent, en divisant leur capital social par actions, on exige des gérants qu'ils soient propriétaires d'un certain nombre d'actions, qui restent déposées pour la sûreté de leur gestion. On ne saurait être trop sévère à cet égard; la plupart des sociétés en commandite, qui ont péri, n'ont succombé que par la témérité de leurs gérants.

414. Cette grande ligne de démarcation entre les commanditaires et les commandités est presque toujours tracée avec netteté dans les actes de société.

Quelquefois cependant la prudence des rédacteurs s'est trouvée en défaut, ou bien l'astuce a laissé dans les statuts une ambiguïté calculée.

La plus grave question qui puisse naître à ce sujet est celle-ci :

Lorsqu'un contrat de société commerciale, qui s'annonce au public par la raison sociale *N. et compagnie*, ne stipule pas clairement que les bailleurs de fonds ne seront tenus que jusqu'à concurrence de leur mise, la société est-elle présumée collective plutôt qu'en commandite?

Probablement, toutes les fois que les associés se seront conformés aux dispositions du code de commerce sur la publication des sociétés, cette difficulté se présentera rarement. Ces dispositions commandent la précision, et en les exécutant on est pour ainsi dire forcé d'être clair et explicite. Mais quand la société aura vécu sans obéir à la loi de la publicité, la question posée pourra surgir sous l'empire du code de commerce tout comme elle le faisait auparavant; elle pourra diviser les associés entre eux, ou bien les associés et les tiers.

Or, voici comment il faut le résoudre :

La commandite est une position restrictive du droit commun; elle doit s'appuyer sur des clauses précises, évidentes. Telle est la doctrine que Merlin soutint dans l'affaire Vancaeghem et Moke (3) : « Si l'on veut « ne former, sans le dire littéralement, qu'une société » en commandite, il faut placer dans l'acte la clause « expresse que le bailleur de fonds ne pourra rien » perdre au delà de sa mise. »

Savary avait déjà conseillé cette précaution aux marchands soigneux d'assurer leur position (4).

415. Il est cependant un cas où elle est inutile : c'est celui d'une société d'armement en course. Une telle société est réputée de plein droit société en commandite, d'après le décret du 2 prairial an XI, et les obligations des associés sont limitées à leur mise, lors même qu'ils auraient été chargés de l'armement et de l'administration.

416. Mais revenons aux autres sociétés en commandite, et insistons sur l'idée de Merlin et de Savary. Pour en atténuer la force, ne pourrait-on pas dire que lorsque le bailleur de fonds est resté inconnu et que toute l'administration est confiée à un autre qu'à lui, ce concours de circonstances est suffisant pour faire déclarer le contrat société en commandite? Car le propre de la commandite, c'est que le bailleur de fonds n'administre pas et que son nom (sinon sa mise) puisse rester inconnu.

Dans l'espèce sur laquelle Merlin raisonnait, la cour de Douai s'était attachée à ces points pour attribuer à Vancaeghem la simple qualité de commanditaire. Mais Merlin critiqua vivement sa décision; et s'il conclut au rejet du pourvoi, ce fut seulement à cause du pouvoir d'interprétation de la cour royale. La cour de cassation rejeta par cet unique motif, et son illustre procureur général assure qu'au fond la doctrine de la cour de Douai trouva parmi les magistrats une réprobation unanime.

Toutefois, d'après Frémery, la jurisprudence des tribunaux italiens prêterait un appui solide à la décision de la cour de Douai (5). A Gênes, suivant cet auteur, l'associé n'aurait dû avoir aucune inquiétude, et c'est en vain qu'on aurait argumenté contre lui du silence de son contrat; sa responsabilité n'aurait pas dépassé sa mise. Cette opinion de Frémery n'est que la conséquence de sa manière d'interpréter la formule *N. et compagnie*. Comme j'ai rétabli ci-dessus le véritable état de la jurisprudence italienne, je crois inutile d'y revenir ici. Il me suffira de dire que ni le statut de Gênes ni aucune décision de la rote ne s'occupent du cas d'une société en commandite sous la raison *N. et compagnie*; que toutes les autorités dont se prévaut Frémery portent sur l'hypothèse où tous les actes sociaux se sont faits sous le nom spécial et privé d'un ou plusieurs gérants, sous une raison qui n'indiquait pas aux tiers des associés autres que ceux dont le nom était déclaré.

Au surplus, Merlin rapporte dans ses conclusions (6) un arrêt du parlement de Bretagne du 28 août 1741 (7), qui, dans l'espèce d'une société formée sous la raison *N. et compagnie*, décida que l'associé non désigné, qui n'avait pas pris la précaution de restreindre sa responsabilité à sa mise, était tenu solidairement, encore bien qu'il n'eût pas administré

(1) *Infrà*, no 451, importance des gérants.

Add. LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, t. I, p. 87, dit, dans le même sens : « La société en commandite est une combinaison utile et ingénieuse pour associer à une entreprise les capitaux de ceux qui ne veulent pas en partager indéfiniment les chances.

« On dira que, dans ce contrat, les choses ne sont pas égales entre les associés; que le commanditaire partage dans tous les bénéfices, tandis qu'il ne s'expose qu'à des pertes limitées. Mais si on lui refusait ces conditions, ses capitaux ne tourneraient pas au profit du commerce, et d'ailleurs il y a une véritable compensation en ce qu'il ne lui est pas permis de gérer. »

Jurisprudence. — La responsabilité de l'associé qui a souffert que son nom figurât indûment dans la raison sociale n'étant pas déterminée par une disposition de la loi, dépend des circonstances dont l'appréciation appartient aux tribunaux (16 janvier 1840. Aix, Salles. DALLOZ, XL, 2, 151).

(2) Art. 24 du code de commerce.

Add. Op. conf. de VINCENS, t. I, p. 315.

(3) *Rép.*, vo *Société*, p. 676 et 677.

(4) Part. 2, liv. I, ch. I.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, no 121 : « Si l'acte ne déclare pas commanditaires tels ou tels associés, s'il ne qualifie l'union ni de société en nom collectif, ni de société en commandite il faut au moins, pour lui imprimer le caractère de la commandite, déclarer, par une clause spéciale, que les bailleurs de fonds désignés dans l'acte ne pourront pas perdre au delà de leur mise. »

(5) Page 43.

(6) Page 677.

(7) DUPARC-POULLAIN, t. III, ch. CLXX.

et que les tiers ne l'eussent pas personnellement connu. Cet arrêt est ponctuel, il constitue un grave précédent.

Merlin en a justifié le bien jugé par les considérations suivantes, qui *pulvérisent* (je me sers de son énergique expression) le système de ceux qui voulaient que l'interprétation du contrat tournât à la commandite.

Que disaient-ils de plus spécieux?

D'abord, que l'associé n'est que commanditaire, parce qu'il n'est pas gérant et qu'il n'a pas géré? Mais, dans les sociétés en nom collectif, la gestion peut être confiée à un ou plusieurs des associés, à l'exclusion des autres (1). C'est même ce qui arrive tous les jours (2)! L'abstension de gestion n'est donc pas caractéristique de la commandite.

On ajoute que la société doit être présumée en commandite, par la raison que le nom de l'associé n'a pas figuré dans les opérations sociales et qu'il n'a pas été connu du public.

Mais la réponse est facile; car il est évident qu'il n'y a pas d'associé ordinaire non gérant qui ne puisse dire que les tiers ne l'ont pas connu, qu'ils n'ont suivi que la foi du gérant et non la sienne; et dès lors les sociétés ordinaires, qui sont le droit commun, seraient toutes transformées en sociétés en commandite, qui sont l'exception (3).

417. Et là-dessus je cite, avec Merlin un arrêt de la cour de cassation, confirmatif d'un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 floréal an IX, rendu dans l'espèce suivante :

Divers individus s'étaient associés pour la fourniture de la viande à l'Hôtel-Dieu de Paris; un seul d'entre eux, le sieur Jean Bart, avait la signature sociale *Jean Bart et compagnie*, et lui seul avait en effet signé les obligations souscrites par la société. Comme l'acte de société n'avait été enregistré qu'après la dissolution de la société, il n'était pas un seul des créanciers qui eût pu connaître le nom et le crédit des coassociés de Jean Bart; aussi ces associés prétendaient-ils, sous ce prétexte, que les porteurs de ces effets n'avaient pas d'action contre eux : mais ce système échoua. La signature sociale *Jean Bart et compagnie* sembla suffisante pour avoir donné au public la confiance que Jean Bart avait pour coobligés solidaires les inconnus qui avaient formé société avec lui. C'était le cas de dire avec Straccha : « Tria considerantur, an sint, qui sint, et quot sint. Et scire « primum sufficit ad hoc ut obligantur: quia sub « illo nomine, *Petrus et socii, virtualiter alii continentur.* »

Tout ceci s'applique avec bien plus de force encore sous le code de commerce. Quand la maison *N. et compagnie* n'a pas fait publier son acte de société, en manquant aux sages prescriptions de la loi, elle n'a pu faire sa condition meilleure.

418. Au surplus, nous n'entendons prescrire aucune formule sacramentelle pour caractériser la commandite. Les équipollents ont, dans cette matière, une puissance égale aux expressions habituelles les plus énergiques. Nous pensons même, bien que la dissimulation ne soit pas à nos yeux un titre de faveur, que le bailleur de fonds, qui aurait caché une commandite sous le voile trompeur d'un prêt, aurait suffisamment montré par-là qu'il n'entendait pas s'engager au delà de sa mise : et c'est ce que la cour royale de Paris a jugé dans l'espèce que j'ai rappelée ci-dessus. nº 49 (4).

419. Maintenant un autre point de vue doit nous préoccuper. Nous supposerons que le contrat de société est clair et précis, en ce sens qu'il a voulu organiser une commandite.

Mais il ne faudrait pas que l'un de ceux qui ont fourni leurs fonds s'imaginât qu'il peut être tout à la

---

(1) *Rép.*, vº *Société*, p. 672, col. *in fine*; POTHIER, nº 50.

(2) Decis. rot. Gen. 39.

(3) MERLIN, *loc. cit.*, p. 672, col. 2.

(4) *Jungo* MALEPEYRE et JOURDAIN, nº 222.

Add. Où ces auteurs disent : « Il serait peut-être difficile de reconnaître une société en commandite hors de ces trois circonstances. Cependant nous pensons que les cours royales ont toujours le droit de déterminer le caractère d'une société; et qu'elles peuvent, sans s'exposer à voir leurs arrêts cassés par la cour suprême, décider qu'il résulte de l'ensemble des conventions des parties, ou de telle clause, la preuve que certains associés n'ont entendu être et n'ont été en effet que des associés commanditaires. Ainsi, par exemple, la cour royale de Paris a décidé (le 22 août 1807) que, dans un prêt d'argent où le prêteur, indépendamment de l'intérêt légal, avait stipulé une part dans les bénéfices du négociant emprunteur, il y avait société entre ce bailleur de fonds et le négociant; mais que si le prêteur était resté entièrement étranger aux opérations commerciales, la société était, à son égard, une simple commandite. Nous pensons que cette décision, conforme à l'équité, n'a rien de contraire à la loi. En effet, la société en nom collectif n'est pas plus que la société en commandite le prototype des associations dans la législation française. La loi reconnaît trois espèces de sociétés, dont elle détermine la nature : c'est donc au juge, à défaut de stipulations précises, à rechercher et à fixer le caractère qui appartient au contrat qui lui est soumis. La société n'est donc essentiellement solidaire que lorsque les engagements ont été pris au nom de tous les associés, et qu'ils ont présenté à la garantie des tiers leur solvabilité collective. Mais si un capitaliste qui, en versant ses fonds, n'a pas cru contracter société, est déclaré associé pour avoir eu l'imprudence de stipuler qu'il aurait une part dans les bénéfices, n'est-il pas déjà assez rigoureux de l'assimiler à un associé commanditaire, sans aller encore compromettre sa fortune entière et sa liberté, en le déclarant solidaire, lorsqu'il est évident qu'il n'a jamais participé à la gestion, et qu'il n'a rien fait qui pût accréditer l'opinion qu'il était associé? Soit qu'il existe un acte de société, soit qu'il n'en existe pas, le juge peut apprécier les preuves qui lui sont soumises, et, en déclarant qu'il y a société, la qualifier de simple commandite à l'égard du capitaliste. Cette qualification, fût-elle erronée, ne donnerait que fort rarement ouverture à cassation. En effet, lorsqu'il existe une loi qui détermine d'une manière positive le caractère essentiel du contrat, la cour de cassation a le droit de casser l'arrêt qui viole les dispositions de la loi (a); mais ce n'est pas ici le cas d'appliquer cette règle. L'art. 23 du code de commerce établit bien que la société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables, et un ou plusieurs simples bailleurs de fonds; mais elle ne détermine pas à quels traits on doit reconnaître le commanditaire. L'art. 26 du même code porte aussi que l'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence de sa commandite : c'est la principale conséquence de cette espèce de société; mais il ne dit pas qu'il faille exprimer littéralement dans l'acte constitutif, que tel associé ne sera passible des pertes que jusqu'à concurrence de sa mise; au contraire cette prérogative découle naturellement de la qualité de commanditaire prise dans l'acte, ou de la décision judiciaire qui l'attribue à un des associés. Il est donc évident que les cours royales sont souveraines pour déterminer le caractère d'une société; et qu'il n'y aurait guère qu'un seul cas où la cour suprême casserait l'arrêt : ce serait celui où une cour aurait qualifié de commanditaire un associé dont le nom figurerait dans la raison sociale, car il y aurait alors violation de l'art. 25 du code de commerce. »

(a) Voyez les conclusions de Merlin, dans l'affaire Charles Hoke et compagnie, et les principes qu'il pose, *Rép. de jurisprudence*, vº *Société*, p. 677, et l'arrêt du 2 février 1808, qu'il cite et qui les consacre; éd. in-4º, page 280.

fois commanditaire et désigné en nom dans la raison sociale (art. 25 du code de commerce). Il y a incompatibilité radicale entre la position de commanditaire et celle d'associé figurant en nom dans la raison sociale. Celui qui livre son nom à la confiance du public, en le laissant insérer dans la raison sociale, est associé pur et simple, et aucune clause du contrat de société ne pourrait le retenir parmi les commanditaires (1).

419 2° (2).

420. Bien plus, tous les avantages que le bailleur de fonds s'est réservés dans le contrat, en se cantonnant dans la commandite, il les perd s'il a l'imprudence de sortir de sa position pour administrer. La loi lui défend de faire aucun acte de gestion, ni d'être employé pour les affaires de la société, même en vertu de simple procuration (art. 27), sinon il devient obligé solidaire et est réputé associé en nom collectif : tous les engagements de la société réfléchissent sur lui (art. 28).

On comprend l'esprit de cette disposition. Pourquoi le commanditaire jouit-il de la faveur de n'être tenu que jusqu'à concurrence de sa mise? C'est parce qu'il n'a pas mis sa personne dans la société; c'est parce qu'il n'y a mis que ses fonds, s'en rapportant en général, pour les faire valoir, à l'exercice du gérant. Que si le commanditaire franchit la limite qu'il s'est donnée, s'il entre dans l'administration des affaires de la société pour lui prêter le concours de son action industrielle, il est clair que sa condition doit forcément changer. L'acte d'administration ou d'industrie engage la personne; il la met en relief par rapport aux tiers; il l'offre à ces derniers comme source de crédit, comme cause de confiance. Or, l'engagement qui astreint la personne est indéfini; il dépasse les bornes de la mise, et dans les matières de commerce il entraîne solidarité. Telle est, à cet égard, la pensée du code de commerce. Il ne veut plus de cette commandite républicaine dont je parlais plus haut avec Savary (3) et dans laquelle chacun travaillait séparément pour l'intérêt commun (4).

421. Et cette responsabilité ne se renferme pas dans le cas unique où le commanditaire s'est immiscé spontanément dans la gestion, pour sauver ou faire prospérer sa mise; elle l'atteint alors même qu'il est employé pour les affaires de la société comme simple mandataire du gérant.

422. Tel est l'aperçu général des art. 27 et 28 du code de commerce; il faut maintenant justifier ces articles et en donner une plus profonde interprétation.

Et d'abord, je dois dire que, lors de l'élaboration du code de commerce, l'idée des art. 27 et 28, appuyée par quelques tribunaux, acceptée silencieusement par d'autres, fut vivement combattue par plusieurs tribunaux d'appel et de commerce, placés au foyer d'une grande activité commerciale. Le texte de la rédaction primitive arrêtée au conseil d'État portait : « L'associé commanditaire ne peut *concourir* « comme gérant aux *achats, ventes, obligations* et « engagements concernant la société. » Tandis que le tribunal de cassation et les magistrats civils et consulaires de Bruxelles proposaient d'étendre le cercle de cette prohibition, les tribunaux d'appel de Douai et Orléans, les tribunaux de commerce de Clermont-Ferrand, Genève, le Havre, Lyon, Marseille, Strasbourg et Toulouse, élevaient de vives plaintes sur le danger de déroger aux usages séculaires qui permettaient aux commanditaires d'agir, non comme associés, mais comme fondés de pouvoir du gérant, et de le remplacer, avec son consentement, en cas d'absence et de maladie. Ils firent sentir, en outre, la nécessité de maintenir les commanditaires dans le droit d'exercer sur la gestion une surveillance profitable à l'intérêt social et à l'intérêt des créanciers; ils signalèrent les craintes qui éloigneraient les capitaux de la commandite, si l'on érigeait en loi une disposition tellement soupçonneuse et inquisitoriale, qu'elle rendrait suspecte l'entrée des bureaux et des magasins de la société par le commanditaire.

Ces observations avaient de la gravité; elles soulevaient deux questions (5). Fallait-il permettre au commanditaire d'agir en vertu d'une procuration du gérant? Fallait-il aussi le priver de tout concours, comme associé, aux opérations sociales, et le rendre en quelque sorte étranger aux affaires de la société, ainsi que le demandait le tribunal de cassation.

Sur le premier point, les observations critiques furent écartées; elles firent même naître la pensée de rendre le texte plus clairement prohibitif qu'il ne l'était d'abord, en déclarant en termes exprès que l'associé commanditaire serait exclu de la gestion, non pas seulement comme associé, mais même comme mandataire du gérant.

(1) **Add.** Op. conf. de Locré, *Esprit du code de commerce*, t. I, p. 82 : « Le vrai motif de la disposition est d'empêcher le public d'être trompé : il pourrait se persuader que l'associé commanditaire dont il verrait le nom employé dans la raison sociale, répond indéfiniment des obligations de la société, et, dans cette fausse idée, accorder à l'association un crédit et une confiance que peut-être il ne donnerait pas aux vrais responsables. » Op. conf. de Malepeyre et Jourdain, n° 237.

(2) **Add.** *Quid si un acte de société représente le commandité comme commanditaire? Les créanciers peuvent-ils contester cette qualité?* — Persil, art. 23, n° 3, examine et résout ainsi la difficulté : « Si un acte de société représente le commandité comme commanditaire, les créanciers de cette société pourront-ils prétendre qu'elle n'a de commandite que le nom, qu'elle doit être à leur égard considérée comme pure et simple, et que tous les sociétaires sont indéfiniment obligés envers eux?

« Toute la question est de savoir si l'intention du législateur, qui a surveillé les intérêts du public, a été remplie. Si le chef visible de la société a traité, d'après les intentions de tous les sociétaires, comme commandité, peu importe la contexture de l'acte : on ne doit pas juger la nature des engagements d'un associé par sa qualification, mais bien par la nature de ses fonctions, et on jugera la nature de ses fonctions par la substance de l'acte social. Si l'acte, mal rédigé, donne au chef visible de la société le nom de commanditaire, il faudra examiner s'il n'a que le caractère d'un simple bailleur de fonds, ou bien si par ses fonctions, malgré sa dénomination, il possède toute l'importance d'un commandité. Aucune qualification ne peut changer la nature des choses, altérer la force des conventions : les intéressés ont voulu rester inconnus au public, et ils se sont cachés derrière un associé responsable. Ils l'ont mis à la tête de la société avec toute la puissance d'un commandité, quoique l'acte par erreur le nomme commanditaire. C'est lui qui a paru, qui a signé, qui a attaché son nom à toutes les opérations; par conséquent il est de fait, s'il ne l'est pas de nom, le seul associé responsable, le seul débiteur, parce que le public n'a pu être induit en erreur, malgré la rédaction de l'acte, et n'a dû compter que sur lui, puisqu'il lui a reconnu la qualité de chef et de directeur suprême, en traitant avec lui.

« Les tiers ne pourraient alléguer avoir ignoré sa qualité, car ils devraient s'en prendre à eux de n'avoir pas pris toutes les sûretés nécessaires; puis, en droit, ils ne seraient pas recevables dans leurs plaintes : en droit, personne ne doit ignorer la qualité de celui avec qui il traite. »

(3) *Suprà*, n° 392.

(4) Voy. *infrà*, n° 451, où je la compare à une monarchie tempérée.

(5) Voy. ci-après, *Commentaire*, art. 27, 28, du code de comm.

Frémery a blâmé cette solution. Il aurait voulu que le législateur se montrât plus scrupuleux observateur des usages du commerce. S'écarter, comme il l'a fait, de l'ancienne et éternelle règle qui ne rend un associé responsable, qu'autant qu'il a agi en son propre nom et a ainsi appelé la confiance des créanciers ; faire réfléchir sur lui des actes qu'il a faits sous le nom d'autrui, c'est, suivant cet auteur, faire violence à la raison et consacrer une injustice (1).

Ces réflexions ont assurément un côté spécieux ;

---

(1) **Add.** « Cette prohibition, disent **Locré**, *Esprit du code de commerce*, t. I, p. 84, et **Malepeyre** et **Jourdain**, n° 139, et la sanction pénale qui y est attachée, ont eu pour but d'empêcher que des hommes avides ne pussent se livrer à des opérations d'autant plus hasardeuses, qu'en cas de faillite, ils ne compromettraient ni leur fortune ni leur réputation, la responsabilité des engagements sociaux ne tombant que sur ce nom obscur qui aurait trouvé du crédit par leurs efforts, tandis que ces prétendus commanditaires qui auraient profité de tous les bénéfices, s'il y en avait eu, qui auraient ainsi traité sous ce nom toutes les affaires de la société, ne supporteraient les pertes que jusqu'à concurrence des sommes modiques qu'ils y auraient versées. »

Voici maintenant la critique de **Frémery** : « Défendre au commanditaire d'agir comme fondé de pouvoirs du gérant, à peine d'être solidairement obligé, c'est une innovation qui date de 1807.

« Depuis six cents ans on se bornait à dire que celui-là s'oblige comme associé, qui, par son fait, sa gestion ou sa signature, donne lieu de croire qu'il est associé : *particeps tenetur, cum sub ejus nomine expresso* vel tacito *sit contractum*. C'est, d'après ce principe, que le statut de Gênes déclare solidaires les associés dont le nom est dans la raison sociale : *quorum nomen expenditur* ; tandis que tous autres, restés en dehors de l'action extérieure de la société, ne sont tenus que de leur mise.

« C'est là l'exacte équité ; ajouter quelque chose à cette déduction, c'est l'altérer, c'est s'écarter du droit.

« Quiconque peut dire au commanditaire : « Vous m'avez « donné lieu de croire que vous étiez obligé, quand la société « s'engageait, » a une action fondée sur le fait même de celui dont il a suivi la foi.

« Ainsi, il est vrai que le commanditaire qui prend part à l'action extérieure de la société, qui dit : « *Nous* vous achetons « telle marchandise, et *nous* vous la payerons tel prix, » donne au vendeur le droit de le considérer comme associé, et ne peut pas ensuite lui opposer l'acte social où il s'est réservé de n'être que commanditaire.

« Mais étendre cette obligation au commanditaire qui, dans le secret du cabinet ou par correspondance, discute avec le gérant les opérations sociales, sans avoir aucune relation avec les créanciers de la société, ou à celui qui n'a ces relations qu'à titre de fondé de procuration du gérant, et sans rien faire en son nom personnel ; le déclarer solidaire, quand nul n'a suivi sa foi, c'est une loi tout à fait arbitraire, et qui dévie de la juste déduction que la coutume commerciale avait suivie.

« Il est curieux de voir comment cette prohibition s'est introduite dans le code de commerce.

« L'art. 17 du projet portait : « *L'associé commanditaire ne « peut concourir, comme* gérant, *aux achats, ventes, obliga- « tions et engagements concernant la société*, à peine d'être « solidaire, » art. 18.

« Le tribunal de cassation propose d'ajouter : *qu'il ne pourra assister aux assemblées ni prendre part aux délibérations* ; le tribunal de Bruxelles : *ni même rien faire qui tende à augmenter le crédit de la société, soit par lettres, soit par tous autres actes.*

« Mais tous ceux des autres tribunaux qui firent quelque observation sur l'article du projet, furent unanimes pour déclarer : que, si le mot *gérant*, de l'art. 17 du projet, comprenait, comme c'est l'usage, le simple fondé de procuration, la disposition était injuste ; que le commanditaire ne devait être tenu que lorsqu'il avait agi en son nom, et de manière que le créancier eût suivi sa foi ; Genève surtout, et Toulouse, s'exprimèrent en ce sens avec beaucoup d'énergie.

« Cependant la commission de révision ne rendit pas même compte de cette critique si générale et si précise ; seulement, en maintenant l'article du projet, elle s'attacha à le justifier, et dit *qu'il fallait mettre un frein à ces associations... régies sous le nom d'un valet et dont on a si étrangement abusé.*

« C'était cette idée qui avait en effet présidé à l'article du projet, elle fut reproduite au conseil d'État, qui ne paraît pas avoir pris la moindre connaissance des observations des tribunaux ; en sorte qu'après avoir consulté le commerce, non-seulement le conseil d'État conserva l'article critiqué par les principales villes commerçantes, mais encore il ajouta au mot *gérant*, ceux-ci : *même en vertu de procuration*, qui ont pour objet d'infliger la solidarité au commanditaire, précisément dans le cas où cette décision avait été signalée comme injuste par tous les commerçants.

« Toutefois, le motif qui a dicté la disposition est parfaitement clair : on a voulu que le public ne fût point dupe des sollicitations d'un commanditaire.

« Mais c'est bouleverser le droit que de mettre ainsi la législation au service des gens aventureux qui sont victimes d'une folle confiance.

« Celui qui n'est trompé que par sa faute n'a rien à demander à la loi. En tout temps on a vu d'audacieux intrigants exploiter la crédulité des personnes faibles ; à ce mal il n'y a pas d'autre remède que d'inviter chacun à s'éclairer sur ses propres intérêts, à ne donner sa confiance qu'après s'être assuré qu'elle est bien placée.

« Depuis peu d'années, bien des sociétés en commandite et des sociétés anonymes ont été le voile d'infâmes déceptions.

« Ainsi, il arrive que la valeur du fonds social soit portée à 1,000,000 dans l'acte de société, et que les sociétaires, forcés de vendre, n'en tirent pas 100,000 francs ; c'est parce que les évaluations ont été faites ou avec impéritie, ou avec complaisance, ou d'après la valeur supposée qu'acquerrait l'immeuble si l'exploitation était organisée et prospère ; alors le propriétaire de l'immeuble, qui l'a payé 100,000 francs, et qui, par d'adroites manœuvres, est parvenu à trouver des sociétaires sur le pied de 1,000,000, qui a placé des actions, par exemple pour 900,000 fr., fait faillite et déclare que l'établissement ne peut marcher ; le nuage se dissipe, on se réunit, on vend l'immeuble 100,000 fr. ; chaque actionnaire retire 10 pour 100 de son capital ; et le gérant reste avec un capital de 910,000 francs, au lieu de l'immeuble de 100,000 francs qu'il possédait auparavant.

« Cela est une déception des plus simples ; il y en a de bien plus compliquées. Quelquefois, par exemple, l'un des actionnaires a entre les mains pour 500,000 francs de ces actions ; mais c'est un homme habile, qui a tiré parti d'un embarras où se trouvait le propriétaire de l'immeuble, et qui a obtenu ces actions moyennant 30,000 francs payés à propos ; il profitera ensuite de la ruine du vendeur et du découragement des sociétaires, lesquels ont, de bonne foi, payé leurs actions au prix nominal, et il s'emparera, à vil prix, de la totalité de l'exploitation. Il arrivera même que ce manége soit l'œuvre d'une connivence calculée dès l'origine entre le vendeur et l'un des acheteurs d'actions.

« Pour mieux enlacer les actionnaires payants, l'acte social contient, sur le droit de voter dans les assemblées de la société, des conditions compliquées, mais combinées avec art, de manière que tels ou tels individus soient toujours maîtres des décisions.

« Souvent vous verrez affiché partout, en gros caractères, que telle société a un capital de *N* millions ; mais lisez l'acte social, et vous verrez que chaque actionnaire n'est tenu de verser que le quart de son action jusqu'à nouvel appel, ou bien que l'action sera payable par fraction et à plusieurs termes ; plus bas, un article permet la transmission des actions, et déclare qu'elle s'opère par la substitution d'un nouveau titre au précédent qui est éteint.

« Si les affaires de la société tournent mal, vous ne trouverez plus, vous créancier, pour propriétaires des actions, que des hommes insolvables, et vous n'oserez pas risquer contre eux des frais de poursuite.

« Si vous êtes actionnaire, peut-être aurez-vous réguli re

mais si l'on se reporte aux circonstances au milieu desquelles le législateur se trouvait placé, on ne tarde pas à l'absoudre. Pendant la révolution, on avait vu d'énormes abus résulter du cumul de la qualité de commanditaire et de la qualité de gérant (1). Des commanditaires, s'immisçant dans l'administration sous le voile d'un mandat ou d'un louage d'ouvrages, mettaient à la gérance un homme de paille, un valet (2), et renversaient par là toutes les combinaisons de la commandite. Mandataires pour la forme, mais mandants quant au fond, ils offraient au public ce plastron servile, tandis qu'eux, commanditaires, garantis par leur procuration d'emprunt, ils étaient les maîtres de l'affaire et les directeurs les plus actifs de l'opération. Amoindris en apparence derrière un mandat trompeur, ils avaient en réalité la haute main sur la gestion; ils en réglaient l'ensemble et les détails; ils mettaient leur industrie personnelle au service de leurs capitaux. Puis, si arrivait un désastre, leur mandat leur servant de manteau, ils se retiraient, jetant leurs mises pour pâture aux créanciers, et les laissaient se débattre avec un éditeur responsable sans responsabilité réelle.

Ces tromperies étaient à l'ordre du jour à une époque qui souleva tant de réclamations contre son esprit de corruption et d'agiotage. Le législateur devait y mettre bon ordre. C'est pourquoi il ne s'est pas astreint ici au rôle secondaire d'enregistrer un usage; il s'est élevé à des préoccupations plus hautes, il a voulu donner à la commandite une organisation sincère; il y est parvenu.

Je sais qu'aujourd'hui ce n'est pas de ce côté que des dangers sérieux surgissent. En fait, et par suite d'une nonchalance fâcheuse, les commanditaires sont plutôt opprimés qu'oppresseurs. Mais levez la prohibition des art. 27 et 28 du code de commerce, et vous ne tarderez pas à voir renaître les abus du temps de la révolution. Quelques tentatives, facilement réprimées par les tribunaux (3), sont un symptôme de ce qui arriverait, si la loi se départait de ses prohibitions.

Pour moi, je crois qu'il est bon que tout mandat pour gérer, donné au commanditaire, soit de plein droit réputé frauduleux. C'est le vrai moyen de renfermer les commanditaires dans leur rôle, et de les forcer à ne choisir que des gérants habiles et offrant des garanties d'expérience et de probité.

423. Venons au second point, c'est-à-dire, au droit de surveillance des commanditaires, à leur concours dans les opérations sociales, réclamé, pour une certaine part, par plusieurs tribunaux. On a vu que ce concours était entièrement proscrit par le projet primitif; on se rappelle même que le tribunal de cassation allait jusqu'à vouloir que le commanditaire fût exclu des assemblées et délibérations de la société! mais il y a de quoi s'étonner de cette réclamation de magistrats éclairés en faveur d'une prohibition si contraire aux précédents, aux intérêts du commerce et des tiers, à la raison. Le tribunal de commerce de Toulouse parlait un langage bien plus sensé, lorsqu'il représentait cette surveillance des commanditaires comme le frein d'un gérant hasardeux, comme une garantie de bonne gestion et de conservation des fonds sociaux.

Toutefois, le projet primitif l'aurait emporté sur ces sages réflexions, si le tribunat ne fût intervenu pour amener le conseil d'État à une modification. Il fit observer, en effet « qu'un des droits du commanditaire est de participer aux *délibérations générales de la société*, et ces délibérations ont souvent pour « but d'en *approuver les opérations*, ou d'EN AUTORISER *les engagements*, en sorte que, sous ce rapport, « le commanditaire Y CONCOURT ET DOIT Y CONCOURIR, « au moins par son consentement. »

Ces observations (je copie Locré) furent adoptées par le conseil d'État, et *l'on y conforma la rédaction* (4).

Ainsi, la loi n'a pas voulu que les commanditaires restassent désarmés; ils n'administreront pas, sans doute; mais ils tiendront en bride l'administrateur. Ils n'auront pas l'action, mais ils pourront avoir le conseil; tout le monde y gagnera, quand cette séparation des pouvoirs sera sincèrement organisée (5).

On a cependant reproché au tribunat d'avoir violé par là les conditions natives de la commandite (6). On se trompe. Que l'on remonte, si l'on veut, à la commandite la plus reculée, on y verra toujours les bailleurs de fonds en possession de surveiller le gérant (7), ou de donner leur avis sur certains actes extraordinaires et imprévus (8).

424. Il faut maintenant entrer dans l'intelligence pratique des art. 27 et 28 du code de commerce. Des idées très-fausses en ont quelquefois altéré la portée; il en est résulté pour les commanditaires, tantôt des tracasseries, tantôt des inquiétudes. La prospérité des sociétés en commandite en a souffert. Nous allons chercher à rétablir les vrais principes.

Dégageons-nous d'abord d'un préjugé répandu par l'irréflexion, et qui consiste à représenter le législateur comme préoccupé, à l'époque de la confection du code de commerce, d'intérêts trop restreints pour que ses dispositions soient à la hauteur des besoins ac-

ment payé vos parts d'actions à chaque échéance, tandis que d'autres n'en auront payé qu'une ou deux; en sorte que, dans le désastre commun, vous perdez les trois quarts ou la totalité de votre action, pendant que tels de vos coassociés n'en perdent qu'un huitième ou un quart, et sont bien sûrs, n'ayant rien, de ne pas perdre davantage.

« Les exemples de ces scandales sont nombreux, et pourtant ils se renouvellent et se renouvelleront encore, tant que chacun ne se sera pas bien pénétré de la nécessité de vérifier par soi-même la valeur du gage commun, de juger avec soin les clauses de l'acte social, de connaître les gérants et l'estime qu'ils peuvent mériter. C'est à soi, et non à la loi, qu'il faut s'en prendre, quand on est puni par sa ruine d'avoir négligé ces précautions.

« C'est donc sans fondement que des actionnaires, après avoir perdu la totalité de leurs mises, des créanciers ne trouvant qu'un actif sans nulle valeur, s'indignent que la loi n'oppose pas un obstacle invincible à de tels désastres.

« Mais du moins, dira-t-on, le public ne devrait pas y être exposé dans les sociétés anonymes, qui ne peuvent exister qu'avec l'autorisation du gouvernement! C'est une erreur. Le gouvernement autorise une société *anonyme* quand il ne lui apparaît pas d'un danger trop grave pour l'ordre public, d'après le but de l'association et ses conditions principales; mais il ne garantit rien, et celui-là est bien aveugle et bien imprudent, qui va exposer sa fortune sur la foi de l'autorisation du gouvernement, sans avoir étudié et pesé toutes les allégations et toutes les combinaisons contenues dans l'acte social! »

(1) Analyse raisonnée des observations des tribunaux, p. 90.

(2) *Ibid.* Voy. aussi MERLIN, *Questions de droit*, vo *Société*, p. 264, col. 2.

(3) *Infrà*, no 428.

(4) T. I, p. 147.

(5) *Infrà*, no 428, l'exemple d'une usurpation de l'administration sous le nom de conseil.

(6) VINCENS, *Des sociétés par actions*, p. 23, 24.

(7) DELUCA, cité *infrà*, no 428.

(8) *Infrà*, nos 776 et 780, où je cite STRACCHA (decis. 14, no 93).

tuels (1). De telles préventions nuisent à la saine intelligence de la loi ; car il faut commencer par la bien juger pour la bien comprendre. Un estimable auteur a cru, par exemple, que le législateur n'avait eu sous les yeux que des sociétés composées *de trois ou quatre personnes !* où la surveillance des commanditaires s'exerçait dans *l'intimité*, sans laisser de traces, sans *se manifester aux yeux des tiers*, et que la loi, faite en vue de cet état de choses, n'est plus en harmonie avec la position nouvelle (2). Pour ramener à la vérité cette peinture imaginaire, je ne trarerai pas le tableau des sociétés antérieures au code de commerce ; certes, ce serait merveille si parmi tant de sociétés par actions, formées avant le code de commerce, pour voyages de long cours (3) et pour l'armement des corsaires (4), pour les grandes manufactures (5), pour les entreprises lointaines (6), pour les assurances (7), etc., on ne trouvait pas un certain nombre d'associations organisées sur de plus larges dimensions que trois ou quatre commanditaires. Mais je demanderai comment on a pu se méprendre à ce point sur la physionomie des faits que le législateur entendait réglementer, lorsqu'il est notoire que l'attention de tous ceux qui participèrent à la confection de la loi s'est portée précisément sur les *assemblées de la société*, les uns pour en exclure les commanditaires, les autres pour les y faire entrer ; lorsque surtout l'on voit le tribunat obtenant du conseil d'État l'admission des commanditaires aux *assemblées générales* (notes ces mots) et aux délibérations ! Ces comités secrets de trois ou quatre personnes, délibérant à huis clos et dans une amicale intimité, ne sont donc pas l'état de choses que le législateur a cru suffisant aux besoins de la commandite. Le cas de grandes assemblées, délibérant hautement et avec autorité, a été prévu, et l'on a voulu, autant qu'on peut le vouloir aujourd'hui, que ces assemblées eussent une manifestation publique et une action efficace.

Ceci posé, voyons de plus près et l'étendue de la prohibition et la limite où elle expire. Deux points sont traités par l'art. 28 : 1° défense de faire, à titre d'associé, des actes de gestion ; 2° défense d'être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration.

Qu'est-ce d'abord que faire un acte de gestion ?

Pour résoudre cette question, il serait superflu de rechercher, à l'aide des lexiques, le sens plus ou moins large que ce mot peut avoir dans certains cas. Ici, une autorité, en quelque sorte législative, en a donné le sens. Un avis du conseil d'État du 29 avril 1809, approuvé par Napoléon (8), a décidé que faire un acte de gestion, c'est exercer les fonctions d'un gérant de société (9). Gérer est donc, dans notre hypothèse, administrer, et cette signification restreinte a toujours été reçue en droit (10) ; elle n'a rien de nouveau ni d'exorbitant.

Or, l'administrateur d'une affaire est celui à qui le rôle actif a été départi ; c'est celui qui agit au dehors, qui traite avec les tiers, qui sert de canal et d'instrument à tous les faits nécessaires pour arriver au résultat poursuivi. Si par hasard un conseil est placé auprès de cet administrateur, ce conseil ne gère pas, il n'administre pas. Par exemple, on n'a jamais eu l'idée de regarder comme administrateurs de la tutelle les membres du conseil de famille placé à côté du tuteur ; c'est le tuteur qui, seul, a l'administration, et avec elle une responsabilité personnelle. Si le conseil de famille a la délibération, c'est le tuteur qui a l'action et qui représente le mineur.

Cette distinction entre l'action et la délibération a été introduite (on le sait) dans l'art. 27 du code de commerce, par l'intervention du tribunat : elle est capitale. Le commanditaire ne pourra pas vendre, acheter, engager la société : il administrerait ! Mais il pourra autoriser, si cela est nécessaire, les achats, les ventes, les engagements (11). En ce sens, il aura droit d'y concourir, sans pour cela qu'il gère, administre et s'engage personnellement. La suppression du mot *concourir* dans le projet d'article démontre jusqu'à l'évidence que son concours, pour approuver et autoriser les engagements, n'est nullement une violation de la défense d'administrer.

On a prétendu que « lorsque la délibération confère « au gérant une capacité dont il avait besoin, et sans « laquelle la société n'eût pas été liée, les commandi- « taires sortent des limites dans lesquelles ils doivent « se renfermer (12). » Ainsi, par exemple, un gérant a-t-il besoin d'une autorisation pour contracter un

---

(1) Voyez la réponse à cette erreur dans la préface.

(2) DUVERGIER (dissertation imprimée dans la *Revue des revues de droit*, tome V, page 316). Cette dissertation est utile à consulter, malgré quelques critiques que je lui adresse.

(3) Analyse raisonnée (t. II, 2e partie, p. 19).

(4) Observations du tribunal de commerce de Saint-Brieuc, t. II, 2e partie, p. 452.

(5) *Ibid.*, *suprà*, n° 396.

(6) Même tribunal.

(7) *Suprà*, n° 397. On a vu que celle de Paris, formée sous Louis XIV, avait soixante et quinze actions. Il faut, au surplus, consulter sur tout cela la préface de cet ouvrage.

(8) SIREY, IX, 2, 381.

(9) Est d'avis que les art. 27 et 28 ne sont applicables qu'*aux actes* que *les associés* commanditaires feraient *en représentant comme gérants la maison commanditée.*

(10) *Gerere etiam administrare significat*, dit BRILLON, *de verb. signif.*, v° *Gerere*, et il cite les textes.

(11) STRACCHA le décide ainsi, du reste (decis. 14, n° 93), comme on le verra dans un instant.

(12) DUVERGIER, *loc. cit.*

Add. Cette opinion de DUVERGIER est, semble-t-il, partagée par MALEPEYRE et JOURDAIN, lorsqu'ils disent, n° 147 : « Nous accordons aux commanditaires, avec l'arrêt de la cour de Colmar (du 4 février 1819), le droit d'assister aux délibérations sociales, parce qu'ils ne peuvent jamais y avoir que voix consultative, puisque le gérant conserve toujours son libre arbitre, et qu'il peut, nonobstant leur avis, donner aux affaires sociales la direction qu'il juge convenable. Mais s'il avait été stipulé que toutes les questions importantes relatives à la gestion devraient être délibérées en conseil ; que ces délibérations obligeraient le gérant, qui ne pourrait pas donner aux opérations une autre direction, ni plus d'extension que le conseil ne jugerait à propos de l'ordonner, il est évident que l'administration suprême appartiendrait à ce conseil, qui serait l'âme de la gestion, le gérant n'étant plus que le bras qui exécuterait, et qu'en conséquence les commanditaires qui en feraient partie, avec voix délibérative, devraient être considérés comme solidaires, conformément aux dispositions de l'art. 28 du code de commerce.

« Cette opinion ne paraît pas être celle de Pardessus, qui prétend que ces délibérations ne forment de lien qu'entre le commandité et le commanditaire, et que cela n'empêche pas le commandité d'agir envers les tiers comme il le juge convenable. Mais s'il ne peut agir ainsi qu'en violant ses engagements, qu'en s'exposant à des dommages-intérêts envers ses associés et à voir prononcer sa destitution par un tribunal arbitral, peut-on prétendre qu'il conserve la liberté d'agir comme il le juge convenable ? D'ailleurs, ces réunions si fréquentes des commanditaires pour délibérer sur tous les actes de l'administration, auraient l'inconvénient d'accréditer dans le public l'opinion qu'ils sont membres actifs, et partant responsables. » (Voy. ci-après, n° 429.)

Mais au numéro suivant les deux auteurs expliquent mieux leur

emprunt, constituer une hypothèque? Si les commanditaires ont été réunis en assemblée pour délibérer sur l'opportunité de ces actes et les autoriser, l'opinion à laquelle je fais allusion les condamne comme administrateurs! Elle ne tolère de délibérations que celles dont l'objet est de donner une consultation à un gérant qui, par excès de scrupule et pour prévenir les reproches en cas de revers, désire avoir un bill d'indemnité pour des actes que, du reste, il a le droit de faire seul (1). Et pourquoi cette différence entre les deux cas? C'est que dans le second la délibération est un acte d'intérieur, qui n'est pas destiné à être connu des tiers, qui ne peut influer sur eux, et qu'ils ne peuvent par conséquent rétorquer contre les commanditaires. C'est qu'au contraire, dans le premier, la délibération doit nécessairement être communiquée aux tiers avec lesquels l'engagement sera contracté: c'est que ce n'est pas la volonté du gérant qui forme le contrat, c'est plutôt celle des commanditaires, dont le gérant est le simple intermédiaire avec les tiers (2).

Je repousse cette limitation du droit des commanditaires; elle est contraire aux vrais principes de la matière, à la pratique de tous les temps, à toutes les idées reçues. Straccha l'a dit il y a longtemps: Tout gérant qui se trouve dans la nécessité de contracter des emprunts extraordinaires doit consulter ses commanditaires: telle est la règle de prudence et de raison (3). Et puis, lorsque le législateur a levé la prohibition faite aux commanditaires par le projet de code de commerce, de concourir par voie d'autorisation aux engagements sociaux, il n'a pas établi de distinction entre les engagements qui sont dans les pouvoirs du gérant et ceux qui les dépassent. Je dis plus: le tribunat, en faisant observer que les commanditaires *doivent* concourir, au moins par leur consentement, à certains engagements, a montré, par ces expressions, qu'il était surtout préoccupé des engagements qui dépassent les pouvoirs ordinaires du gérant. C'est en effet pour ceux-là seuls que leur intervention est nécessaire; c'est seulement à ceux-là qu'ils *doivent* concourir: pour tous les autres, le concours des commanditaires n'est que facultatif.

Du système que je combats résultent d'ailleurs des conséquences bizarres et déraisonnables.

On veut, en effet, que le concours des commanditaires soit permis quand il n'est qu'une précaution, et qu'il soit défendu quand il est une nécessité!

On veut, de plus, que la marche des sociétés en commandite soit subitement arrêtée lorsque des besoins imprévus exigent des remèdes que le gérant n'a pas seul le pouvoir d'appliquer! Quoi! le cas d'un emprunt hypothécaire défendu par des raisons de prudence au gérant, venant à se présenter, il faudra ou que la société se dissolve intempestivement, ou que les commanditaires se compromettent par une immixtion!

On ne serait pas tombé dans cette erreur si l'on s'était fait une idée plus juste du genre d'influence que l'autorisation exerce vis-à-vis des tiers. On a cru que, réduisant le gérant au rôle passif d'un intermédiaire, elle fait remonter à la volonté des commanditaires l'acte accompli; de telle sorte qu'ils doivent en être tenus, à peu près comme l'est un mandant avec les tiers qui ont traité avec son mandataire. Mais il n'en est rien. Sans doute, le gérant tient des statuts un mandat qui a commencé avec la société et qui, dans l'état normal, ne finira qu'avec elle: il est le mandataire de la société. Mais quels sont les effets de son mandat? D'obliger la personne des commanditaires? Non! le gérant n'engage, par ses actes, que la société qu'il représente, c'est-à-dire les associés en nom et les capitaux mis en commandite: la personne des commanditaires reste à l'écart, quoique le mandat procède *à priori* de leur fait. La raison en est que la création de la société a donné naissance à une tierce personne qui leur est en quelque sorte substituée, et sur laquelle se concentrent droits, obligations, propriété. Désormais, ceux qui ont créé la société ne peuvent être confondus avec elle.

Maintenant, qu'arrive-t-il? Le pouvoir de ce gérant a besoin d'une extension accidentelle, et ceux qui l'avaient originairement constitué, ce pouvoir, consentent à le proroger pour un cas spécial; ils donnent une autorisation *ad hoc*. Or, il est clair que cette augmentation du pouvoir ne porte que sur la capacité du gérant et qu'elle laisse intactes les autres conditions de son mandat, particulièrement celles qui concernent ses effets sur la responsabilité des commanditaires. Qu'a-t-on fait? On a ajouté quelque chose à l'aptitude déjà déléguée; mais on n'en a pas étendu le contre-coup, et, sous tous les autres rapports, un est resté dans les termes primitifs. Donc, en donnant cette autorisation, les commanditaires ne se compromettent pas plus que s'ils l'eussent concédée d'une manière générale dans l'acte de société. Que le gérant tienne ses pouvoirs des statuts ou d'une concession additionnelle postérieure, que l'autorisation soit générale, qu'elle soit spéciale ou temporaire, je n'aperçois là dedans aucune différence importante. L'autorisation procède de la même source, des mêmes volontés. Elle n'est, je le répète, qu'un simple acte d'habilitation, qu'une prorogation de capacité pour un mandat préexistant et dans un milieu donné. Les tiers n'ont donc pu s'imaginer que ses effets aient plus d'étendue que ne leur en donne le pacte social. Ils se sont trompés s'ils ont cru que les commanditaires aient entendu déroger à l'essence même de leur association.

Je suppose que l'on vienne à demander si un conseil de famille, si un mari ont fait un acte d'adminis-

pensée: « Mais les commanditaires, disent-ils, ont le droit d'assister, avec voix délibérative, à toutes les assemblées qui ont pour but de régler les comptes, de partager les dividendes, de fixer les réserves et leur emploi. Ils devraient même nécessairement être appelés s'il s'agissait d'introduire des modifications à l'acte social, puisque nul changement ne peut avoir lieu que du consentement de tous les associés. Il en serait de même s'il s'agissait de statuer sur la nécessité d'un appel de fonds. Ils ont aussi le droit d'empêcher que les commandités ne se livrent à des opérations interdites par le pacte social, de surveiller le gérant, de dénoncer les malversations qu'ils apercevraient, de demander même la révocation du gérant et la dissolution anticipée de la société, si les faits sont assez graves pour déterminer le tribunal arbitral, qui doit les juger, à les prononcer. »

(1) DUVERGIER, *loc. cit.*

(2) DUVERGIER, *loc. cit.*

(3) « Æquitati maximè consonare videbatur Saulium (c'était « le gérant) communicare prætensam indigentiam et successum « negotiationis cum participibus. Potuissent enim participes cum « minori interesse pecunias invenire... vel aliter *rebus suis consuluissent*... prius ergò Saulius has vices perquirere et omnem « lapidem movere debuit (decis. 14, n° 99). » On sait que chez les jurisconsultes italiens *particeps* et *commandans* sont à peu près synonymes. Dans cette espèce, il s'agissait de commanditaires qui s'étaient engagés à répondre à des appels de fonds, et qui, par conséquent, avaient un grand intérêt à en discuter la nécessité. STRACCHA ajoute que quand même l'emprunt aurait été contracté sous la raison sociale (n° 94), les commanditaires n'en seraient tenus que pour la somme exposée par eux dans la société (nos 110 et 111).

tration en autorisant un tuteur ou une épouse à vendre et à hypothéquer; la question ne paraîtrait pas sérieuse : car, qui a jamais pu voir un acte d'administration dans un acte d'habilitation ? Ici elle ne paraît pas aussi frivole, parce que les commanditaires ont dans l'affaire un intérêt pécuniaire, qui éblouit et donne à l'autorisation la fausse couleur d'un mandat pour vendre, hypothéquer, etc. Il ne faut pas se laisser prendre à cette apparence. Les commanditaires ne créent pas un mandataire, puisqu'il y en a déjà un en exercice : ils ne font qu'ajouter quelque chose à sa capacité. La société dans l'intérêt de laquelle ils règlent cette capacité est pour eux une tierce personne. Ce n'est pas pour eux personnellement que le gérant fera usage du pouvoir concédé ; c'est pour la société dont ils sont juridiquement distincts. La responsabilité de la société est donc la seule que les tiers aient pu espérer : et c'est ainsi que le tribunal, et après lui le législateur, ont compris la position. En organisant auprès de la société le concours des commanditaires pour approuver ou autoriser les engagements, la loi a clairement voulu que ces approbations et autorisations ne fussent pas imputées aux bailleurs de fonds comme des faits personnels de responsabilité. Sans doute leurs capitaux en seront atteints; mais il ne faudra pas aller au delà de cette limite ; on n'y trouverait qu'une immunité pareille à celle du conseil de famille qui a autorisé un tuteur à agir pour le pupille.

425. Passons maintenant en revue quelques actes de concours des commanditaires, et voyons si on peut les ranger dans la classe des actes de gestion.

Il y a des assemblées où les gérants rendent leurs comptes. Faut-il insister pour montrer que les commanditaires doivent y assister ? Écoutons Toubeau, qui cependant ne voulait pas que le commanditaire *fît aucun acte d'associé*. Il essaye d'engager les nobles à entrer dans les commandites, et voici ce qu'il leur dit : « Il y a bien moins de dérogeance dans ces so-« ciétés que de faire le commerce de mer, qui leur est « permis, et que beaucoup font en France, aussi bien « que les gentilshommes d'Angleterre, de Gênes, de « Venise, de Florence. Car ils n'agissent en aucune « manière dans ces sociétés, et *n'ont que la peine* « *d'entendre les comptes de la négociation* ; ce qui « n'est pas plus dérogeant que d'entendre ceux des « intendants de leurs maisons et de leurs receveurs « et fermiers (1). » Je crois que Toubeau fait une position trop pleine de quiétude à ces nobles italiens, qu'il endort dans les douceurs de la commandite. Les décisions de la rote de Gênes nous les dépeignent souvent réveillés par des appels de fonds, par des recours et des procès. Mais peu importe ce faux aperçu; il ne faut prendre dans cette citation que ce qui concerne la reddition des comptes, et l'idée est vraie. Avant Toubeau, Savary l'avait déjà exprimée (2).

426. D'autres réunions ont pour but de modifier l'organisation primitive et de lui imposer des lois nouvelles. Souvent les statuts prévoient cette éventualité. Quelquefois aussi la nécessité d'une modification jaillit de circonstances imprévues. Il n'importe, les commanditaires ont le droit de prendre part aux délibérations; ils ne gèrent pas, ils n'administrent pas par ce concours à la constitution de la société. Il est vrai que Straccha disait, en parlant du commanditaire : « Administrationi formam dare non po-« test (3). » Mais que signifient ces paroles? Que dans le cours ordinaire des choses les commanditaires ne peuvent s'arroger le pouvoir exorbitant de faire flotter la constitution de la société au gré de leurs caprices. Mais elles ne signifient pas que l'acte de société n'a pas pu réserver des modifications; elles ne signifient pas que quand la société subit la loi d'une nécessité impérieuse, les associés ne pourront pas se réunir en conseil pour aviser à sa conservation. La première loi est de vivre.

Dans une société qualifiée en commandite, un sieur Jaures, commanditaire, avait stipulé que si l'on venait à vouloir changer le système des opérations, on réunirait tous les associés, et que lui, commanditaire, serait appelé à donner son avis; la cour royale de Paris décida, avec raison, par arrêt du 23 juillet 1828, que ce n'était pas là un acte de gestion (4).

427. Il est un autre droit qui appartient au commanditaire et dont l'exercice ne pourrait être qualifié d'acte de gestion que par une fâcheuse confusion : c'est celui de surveiller la conduite du gérant. La jurisprudence l'a reconnu et consacré.

Un arrêt de la cour royale de Colmar, du 4 février 1819 (5), a décidé qu'un commanditaire avait pu se réserver le droit de prendre part aux délibérations, d'inspecter les livres, les écritures, les ateliers et magasins de la société, de faire admettre dans l'établissement un commis de son choix, et cette décision est juridique. L'inspection des livres, des ateliers, des magasins, n'est qu'une mesure de précaution pour empêcher les fraudes du gérant. Elle est si peu un acte de gestion sociale, qu'on la voit souvent réservée dans des opérations qui n'ont rien de commun avec une société; c'est même une garantie, qui n'est nécessaire que pour celui-là précisément qui n'administre pas. Et quant à la nomination d'un commis par le commanditaire, c'est encore une affaire de surveillance intérieure, un simple état d'observation, qui ne donne aucune part active à l'administration et n'engage aucun rapport de confiance entre les tiers et les commandités; car il est de la prudence des commanditaires d'empêcher que le gérant ne se livre à des opérations interdites par les statuts; d'étudier la marche de sa gestion, de prévenir ses malversations, etc. Tous les auteurs s'accordent à leur reconnaître ce droit (6), et la nomination d'un commis surveillant n'en est que le corollaire.

428. Cette décision de la cour de Colmar ne doit pas être confondue, du reste, avec un arrêt de la cour de Paris, du 16 mai 1808 (7), qui enleva la qualité de commanditaire à des associés qui s'étaient réservé (outre l'inspection des livres) l'administration de la caisse, renforcée d'un droit de coopération tellement immédiat et constant, qu'aucune opération ne pouvait

(1) P. 105.

(2) T. I, p. 357.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 248; voy. *suprà*, la note du n° 424.

(3) *Decis. rot. Genuæ*, 39, n° 10.

(4) DALLOZ, XXVIII, 2, 240 ; SIREY, XXIX, 2, 136.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 248; voy. ci-dessus la note du n° 424.

(5) DALLOZ, *Société*, p. 133.

(6) DELUCA, *De regalib.*, disc. 91, n° 14 : « Habens participationem in emolumentis pedagii, potest deputare suum mi-« nistrum et factorem, ut videat quantum percipiatur, ad con-« sulendum fraudibus, quæ alias sibi fieri possent. »

PARDESSUS, t. IV, n° 1031; MERLIN, *Questions de droit*, v° *Société*, p. 560, n° 3; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 248.

Arrêt important de Bordeaux, 26 août 1838 (SIREY, XXXIX, 2, 43).

Cassat., req., 13 décembre 1841 (SIREY, XLII, 1, 142).

Add. 16 avril 1832, Bordeaux (DALLOZ, XXXIX, 2, 239).

(7) DALLOZ, *Société*, p. 132, n° 3; MALEPEYRE, n° 243.

être faite par les gérants que de leur consentement. Il est clair que ces prétendus commanditaires étaient de vrais administrateurs, qui avaient voulu se réserver les profits de l'affaire, sans encourir une responsabilité entière (1).

C'est aussi ce qu'avaient fait les actionnaires du journal *le Monde*, qui s'étaient constitués en conseil permanent pour contrôler l'administration du journal, surveiller les opérations, prendre connaissance des marchés conclus par le gérant, modifier le chiffre des frais de rédaction, concerter avec le gérant les moyens de faire prospérer l'entreprise, donner leur avis sur toutes les questions relatives à la spécialité du journal. Par arrêt du 26 mars 1840, la cour royale de Paris décida très-bien que ce conseil s'était immiscé dans la gestion (2); c'était une confusion palpable de l'administration et du conseil, une couleur menteuse pour faire passer sous le nom de surveillance l'usurpation réelle de toute l'action. La loi n'autorise le concours des actionnaires qu'autant qu'il se tient sincèrement renfermé dans les limites que nous traçons plus haut (3); mais si ce concours dégénère en une sorte de *concentration* au petit pied, absorbant tous les pouvoirs dans sa main despotique, la commandite disparaît et le bénéfice de son organisation ne peut plus être invoqué.

429. On a demandé si des commanditaires ne devaient pas perdre leur position, lorsque l'acte de société stipulait qu'ils seraient consultés sur toutes *les questions importantes*, et que leurs délibérations seraient obligatoires pour le gérant. Malepeyre et Jourdain, qui posent cette question, pensent que ces associés ne seraient commanditaires que de nom; car l'administration suprême leur appartiendrait; ils seraient un conseil dirigeant dont le gérant ne serait que l'instrument docile (4).

Je ferais d'abord observer que ce pacte serait bien vague, et je ne le conseillerais pas à des associés soigneux de prévenir les causes de collision. Qu'est-ce qu'une question importante dans cette matière? Telle affaire qui paraît sérieuse aux commanditaires ne peut-elle pas avoir moins de gravité aux yeux du gérant, qui voit l'ensemble de l'opération et en tient dans sa main la suite et les détails? Qui décidera donc si la question est importante ou si elle ne l'est pas? On voit qu'il y a déjà mille procès avant que le nôtre ait commencé.

Cependant supposons que, malgré son imprudence, cette clause ait été insérée; j'avoue qu'elle ne m'effraye pas autant que Malepeyre et Jourdain.

D'abord, on est bien forcé d'admettre, avec le tribunal, que les commanditaires ont un droit de surveillance et de concours, qui leur permet de se prononcer sur des engagements à contracter, ou d'approuver ou de blâmer des opérations déjà faites (5). Nos auteurs admettent, avec nous, que les commanditaires ne sont pas condamnés au rôle d'associés dormants; ils ne pensent pas plus que nous qu'un état entièrement passif soit de l'essence de la commandite. Ils permettent donc aux actionnaires d'assister avec voix délibérative aux assemblées qui règlent les comptes, partagent les dividendes, fixent les réserves; à celles qui ont pour but de modifier les statuts, de faire des appels de fonds (6), etc., etc. : or, ne sont-ce pas là les questions importantes pour la société?

Elles ne sont pas les seules. Un emprunt (7), une dation d'hypothèque (8), une transaction, un compromis (9), une innovation grave dans la propriété sociale, une construction, une démolition (10), tout cela est d'une haute importance pour la prospérité de la société; tout cela nécessite le concours approbatif des commanditaires, tellement que, lors même que les statuts ne l'auraient pas réservé, il serait de droit (11)!

Que si les commanditaires étaient appelés en conseil permanent pour s'occuper aussi d'autres actes journaliers et moins graves; si de la fréquence et de l'initiative de ces réunions, et de la nature des faits et détails quotidiens soumis à leurs délibérations, il résultait qu'il y a eu entreprise sur la gérance, j'accorde qu'on pourrait accuser les commanditaires d'immixtion. Mais ce n'est pas là le point soulevé par Malepeyre et Jourdain; c'est plutôt l'espèce de l'arrêt de Paris des 16 mai 1808 et 16 mars 1840, dont je parlais tout à l'heure. Mais quand l'on me demande si, lorsque surgissent, à certains intervalles, des questions importantes, vraiment importantes, les commanditaires ont le droit d'être consultés sans abdiquer leur qualité, je réponds affirmativement, parce que c'est là un tout autre aspect. Il n'y a plus ici de conseil permanent, ni d'initiative inquisitoriale, ni de déplacement de l'action; les commanditaires ne se réunissent que pour délibérer sur certaines affaires, et non pas sur toutes; ils répondent à des questions soumises à leurs délibérations par l'initiative du gérant; chacun reste dans son rôle et dans ses attributions (12).

Malepeyre et Jourdain ne voudraient pas que les délibérations ainsi prises fussent obligatoires pour les gérants; ils pensent que les commanditaires ne doivent avoir, sur ces questions importantes, que voix consultative. Eh quoi! les commanditaires ne sont pas assez dédaignés par les gérants; ils ne sont pas réduits à un rôle assez étroit! Il faut encore les amoindrir jusqu'à la voix consultative, et ériger en axiome que le gérant pourra fouler leur avis aux pieds! Non!

---

(1) *Junge* arrêt de cassation du 16 germinal an XI; DALLOZ, *Société*, p. 130, n° 2.

(2) SIREY, XL, 2, 250.

(3) N°s 412, 413, 414.

(4) N° 247.

Add. Voyez ci-dessus la note du n° 424.

(5) *Infrà*, n°s 686, 690. Voy. STRACCHA, rapporté plus bas, n° 686.

(6) N° 248.

(7) *Infrà*, n° 686.

(8) *Ibid.*

(9) *Infrà*, n° 690.

(10) *Infrà*, n° 697.

(11) *Infrà*, n°s 686, 690, 697.

(12) **Add.** *Jurisprudence.* — Jugé que l'associé commanditaire qui participe aux délibérations de l'assemblée générale des actionnaires, lorsque ces délibérations n'ont pas pour objet des actes de gérance, mais seulement d'examiner des propositions faites directement par le gérant sur des modifications à introduire à l'acte social, ne fait point par là un acte de gestion dans le sens de l'art. 28 du code de commerce (13 décembre 1841. Req. Paris, Derosne. DALLOZ, XLII, 1, 26).

— *Décidé* toutefois que les commanditaires, formant un conseil de surveillance institué, par les statuts sociaux, pour contrôler les opérations de la société, sont solidairement tenus des dettes de la société, lorsque les délibérations du conseil ont constitué des actes d'immixtion.

Spécialement, lorsque le conseil, 1° a arrêté les dépenses annuelles; 2° a refusé d'approuver un traité passé par le gérant; 3° a nommé un nouveau gérant, en remplacement de l'ancien démissionnaire; 4° a fait cession au nouveau gérant d'un nombre déterminé d'actions, à moitié prix de leur création (28 mars 1840. Paris, Hennin. DALLOZ, XL, 2, 189).

quand le tribunal voulait que les commanditaires *approuvassent* les opérations, *autorisassent* les engagements, il entendait qu'entre eux et le gérant il y eût un lien de droit qui engageât la responsabilité de celui-ci, s'il sortait du vote de la majorité.

Il est vrai qu'à l'égard des tiers, le gérant peut à ses risques et périls se mettre en contradiction avec la délibération. Le gérant, qui représente la société au dehors, s'engage avec les tiers pour tous les actes de son administration; et les commanditaires ne seront pas fondés à reprocher aux tiers que le gérant s'est écarté de la délibération dans l'acte de son ministère qu'il a consommé avec eux (1). Mais, à l'égard de ses commanditaires, le gérant qui agit dans un sens opposé aux délibérations s'expose à des dommages et intérêts et à la destitution. Il est lié par la délibération.

430. Les gérants ayant donné leur démission, et la société étant dissoute, rien n'empêche les commanditaires de nommer des commissaires pour régler le compte de ces gérants et administrer provisoirement le fonds social. Ces commissaires ne font pas acte d'immixtion; il n'y a plus de société; il reste un état d'indivision et de simple communauté; dès lors les commissaires ne se livrent pas à des actes de gestion sociale; ils travaillent à la conservation de la chose simplement indivise (2).

De même, lorsque l'accord unanime des associés a dissous la société, la vente des immeubles et de l'actif social par les commanditaires ne peut être rétorquée contre eux comme acte d'immixtion; car ce qu'ils font, c'est pour consommer la dissolution de la société et non pas pour administrer les affaires d'une société vivante.

Cette vérité ne serait pas contestable, alors même que la dissolution n'aurait pas été publiée dans les formes du code de commerce. Le défaut de publication ne peut changer l'intention qui a présidé à la vente. Il ne saurait transformer en acte de gestion un acte fait pour dissoudre la société. C'est surtout à la volonté, à son caractère pur, à son but avéré qu'il faut s'arrêter avec sincérité quand il s'agit d'infliger une responsabilité rigoureuse.

431. Souvent l'acte de société en commandite porte que, dans le cas où le gérant ne pourrait continuer ses fonctions, [1] présentera son successeur à l'agrément de la société en assemblée générale. Les sociétaires, en acceptant sa démission, en confirmant le successeur désigné, en lui conférant la gestion à la place du précédent gérant démissionnaire, ne font pas acte d'immixtion; ils usent d'un droit que l'acte de société leur réservait et qui n'a rien d'incompatible avec la qualité de commanditaire (3). Les tiers, qui ont vu l'acte de société, ne peuvent rien trouver dans cette conduite qui indique une abdication du rôle de commanditaire.

432. L'acte de société pourrait également investir l'assemblée des commanditaires du droit de remplacer le gérant décédé ou devenu incapable (4). Il ne faut pas qu'un changement d'état dans la personne du gérant entrave la marche florissante de la société; et les statuts, loin de se mettre en contravention avec la loi, ont fait preuve de prudence en autorisant la société à se donner un représentant.

433. Mais cette décision ne devrait pas être étendue au cas bien différent où les commanditaires, au lieu d'attendre la retraite spontanée ou la mort du gérant, se seraient réservé, à leur gré, le droit de le destituer et de le remplacer (5); le gérant ne serait plus à leur égard qu'un mandataire révocable, qu'un agent dépendant et passif qui tirerait sa vie et son action des commanditaires et administrerait à leur place (6): les conditions de la commandite seraient renversées, car les actionnaires seraient les vrais administrateurs. En principe, la destitution du gérant d'une commandite ne doit pas être subordonnée à l'arbitraire, au bon plaisir des commanditaires. Mais les cas de malversation ouvrent une contestation entre associés qui doit être jugée par le tribunal arbitral, ainsi que nous le verrons plus bas (7); et la constitution en commandite n'empêche pas les commanditaires d'agir contre le gérant prévaricateur pour prévenir la ruine de leur société.

434. Nous venons de nous expliquer sur les actes auxquels le commanditaire peut concourir en vertu de sa qualité d'associé, et nous avons cherché à les séparer de ceux que la loi lui défend comme actes de gestion.

Passons au second point de vue de l'art. 27 du code de commerce; occupons-nous de son intervention dans les affaires de la société à un autre titre que le titre d'associé, par exemple comme mandataire, comme prêtant son industrie à titre de louage d'ouvrages ou à tout autre titre.

Nous avons vu ci-dessus (no 422) comment le législateur a été amené à défendre au commanditaire tout emploi dans la gestion, même à titre de mandataire: il y a néanmoins des limites à garder dans cette prohibition. Essayons de les poser.

L'amendement proposé par le tribunal, pour cor-

(1) PARDESSUS, no 1031.

(2) Paris, 23 février 1829 (DALLOZ, XXIX, 2, 167).

Add. *Jurisprudence.* — Jugé même qu'un associé ne laisse pas d'être simple commanditaire bien que les clauses de la police lui aient réservé son concours (comme surveillant) dans les opérations de la société, et qu'elles ont exprimé qu'à la dissolution de la société, la liquidation sera confiée à l'associé commanditaire si d'ailleurs aucun fait d'immixtion ou de fraude ne lui est imputable (code de commerce, art. 23, 27, 28, 29) (30 août 1839, Bordeaux; DALLOZ, XL, 2, 44.)

(3) Argument d'un arrêt de Rennes, confirmé en cassation le 6 mai 1835 (SIREY, XXXVI, 2, 40; DALLOZ, XXXV, 1, 337).

(4) HORSON, t. I, p. 65.

Add. Où il ajoute : « Mais plusieurs bons esprits pensent qu'à défaut de cette autorisation, de tels actes ne peuvent être faits qu'avec le concours unanime des intéressés.

« Pourtant une société en commandite ne peut exister sans gérant, et la mort de ce gérant peut paralyser une exploitation dans l'état le plus prospère : tel événement, tel fait non prévu, peut rendre imminente la nécessité de dissoudre. Enfin la liquidation, dans une foule de cas, peut devoir être attribuée à tout autre qu'à celui auquel on avait primitivement entendu la confier. Quels abus, quels dommages entraînerait, en semblables circonstances, la nécessité d'une intervention unanime, toujours difficile et quelquefois impossible à obtenir !

« On aperçoit donc à quel point il importe de prévoir ces divers cas, et de conférer à l'assemblée des actionnaires le droit d'y pourvoir.

« S'il s'agissait ici d'apprécier l'étendue des pouvoirs dont est investie *de plein droit* une assemblée d'actionnaires délibérante, peut-être trouverions-nous d'excellentes raisons pour valider ce qu'elle aurait pu faire dans l'intérêt commun; mais nous avons pensé qu'il valait mieux prévenir les procès que de les gagner : c'est dans ce but que nous publions les réflexions qui précèdent. »

(5) Comme dans l'hypothèse examinée *infrà*, no 680.

(6) Arg. d'un jugement du tribunal de commerce de Pari (SIREY, XL, 2, 250), affaire du journal *le Monde*.

(7) Nos 672 et suivants. *Junge* MALEPEYRE et JOURDAIN, nos 247, 248.

riger le projet d'article, était ainsi formulé : « L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de « gestion, *ni y être employé*, même en vertu de pro- « curation (1). »

Ce langage n'avait peut-être pas toute l'euphonie désirable ; mais il était clair. Si le conseil d'État l'eût fait passer textuellement dans le code de commerce, on n'eût pas éprouvé les difficultés qui plus tard sont survenues. Tout le monde aurait compris que ce que le législateur avait défendu au commanditaire, c'était une participation à la gestion à un titre quelconque.

Mais, par amour pour une rédaction plus élégante, le conseil d'État crut devoir substituer à ces expressions dures à l'oreille, *ni y être employé*, celles-ci : *ni être employé pour les affaires de la société*. Nulle pensée, du reste, de modifier en quoi que ce soit l'idée du tribunat ; ce n'était qu'un simple changement de rédaction.

Cependant, la pratique de l'art. 27 ne tarda pas à faire comprendre que le nouveau texte était de nature à se prêter à un sens plus étendu que l'autre ; et, par exemple, on se demanda avec inquiétude si un commanditaire serait taxé d'immixtion lorsque, négociant lui-même, il ferait habituellement avec la société des opérations de commerce ? Une société en commandite a besoin d'un commissionnaire, d'un banquier, etc., et elle emploie pour cela les secours d'un de ses commanditaires qui est aussi commissionnaire, banquier. Ces rapports de négoce constitueront-ils une immixtion? La subtilité des tiers ne pourra-t-elle pas fouiller dans le texte de l'art. 27 pour inquiéter le commanditaire et lui prouver, la grammaire à la main, qu'il est *employé pour les affaires de la société?* Avec le projet d'article du tribunat, cette difficulté n'eût jamais préoccupé les esprits : mais elle parut sérieuse en présence de l'art. 27 judaïquement appliqué. Le conseil d'État crut devoir intervenir pour rassurer le commerce, et par un avis du 29 août 1809, approuvé par l'empereur, il fut décidé que les articles 27 et 28 « ne sont applicables qu'aux actes que « les associés commanditaires feraient, *en représentant comme gérants la maison commanditée, même* « *par procuration ;* et qu'ils ne s'appliquent pas aux « transactions commerciales que la maison comman- « ditée peut faire pour son compte avec le comman- « ditaire, et réciproquement le commanditaire avec « la maison commanditée, comme avec toute autre « maison de commerce (2). »

Cet avis du conseil d'État (3) est important ; il ramène l'art. 27 à la rédaction du tribunat, dont, par purisme, on avait eu le tort de s'écarter. Il achève de démontrer que si le texte de l'art. 27 diffère en quelque chose du projet d'article formulé par le tribunat, c'est seulement dans les mots et non pas dans les choses.

Ainsi donc, voilà un premier point acquis ; un commanditaire peut faire pour son compte personnel des opérations avec la société en commandite dont il est membre ; il peut être son commissionnaire de roulage, son entrepreneur de transports, son banquier, son commissionnaire accrédité pour vendre et acheter, son loueur de chevaux, son serrurier, son constructeur de voitures, etc. (4). Le commanditaire, dans ces différents cas, est plutôt occupé de ses propres affaires que de celles de la société ; il agit dans le but de son négoce, et n'est pas l'agent ou le mandataire de la société pour la gestion.

435. Reste à suivre cette idée, et voici où elle nous conduit :

Puisque l'art. 27, éclairé par le conseil d'État, n'interdit que la participation aux actes de gestion, aux fonctions de gérant, il s'ensuit que nous n'accuserons pas d'immixtion le commanditaire qui fera, pour son propre compte et dans son industrie, certains travaux dont la société a besoin, mais qu'on ne peut classer dans les actes de gestion. Par exemple, dans une imprimerie organisée en commandite, des ouvriers commanditaires peuvent être occupés comme compositeurs, protes, etc. ; dans une entreprise de messageries, un commanditaire peut être attitré comme facteur, conducteur, etc. Dans une maison de banque, rien n'empêche un commanditaire d'être commis aux écritures, à la tenue des livres. Pourquoi cela? Parce que ce ne sont pas là des actes de gestion ; parce que dans ces divers emplois le commanditaire *ne représente pas comme gérant la maison commanditée*. J'emploie les expressions quasi législatives du conseil d'État : elles sont décisives.

436. Il suit de là que tout emploi quelconque dans les affaires de la société ne porte pas avec lui la preuve invariable d'une immixtion ; que le seul emploi envisagé par l'art. 27 est celui qui constitue le commanditaire *représentant* de la société ; que dès lors il n'y a d'acte de gestion, dans le sens de ce même art. 27, que lorsqu'un mandat ou un louage d'ouvrages place le commanditaire en face des tiers et le rend l'intermédiaire de communications destinées à étendre au dehors le crédit de la société (5). Ainsi le veut la raison ; ainsi l'entendait le tribunat ; ainsi l'a décidé l'avis du conseil d'État précité. Si, dans les discussions forenses qui ont eu lieu sur le sens de l'art. 27 (6), on eût fait plus d'attention à cet avis du conseil d'État, la doctrine aurait moins tâtonné, et l'on n'aurait pas élevé tant de doutes fâcheux sur le droit des commanditaires.

Aussi, je ne conçois pas que Pardessus ait enseigné d'une manière absolue que des facteurs ou commis du commerçants ne peuvent être admis à entrer dans le commerce de leur maître en qualité de commanditaires (7). Cette proposition pèche par trop de généra-

(1) LOCRÉ, t. XVII, p. 308.

(2) SIREY, IX, 2, 381.

(3) **Add.** Auquel se réfère MERLIN, *Répert.*, v° *Société*, sect. II, § 3, art. 2, n° 2.

(4) Bordeaux, 29 août 1838 (SIREY, XXXIX, 2, 43) ; même cour, 16 avril 1832 (SIREY, XXXIII, 2, 133) ; PARDESSUS, t. IV, n° 1030 ; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 250.

Add. « Il est évident en effet, disent ces derniers, qu'en traitant avec la société comme personne étrangère, le commanditaire, bien loin de s'immiscer aux actes de la gestion, s'en éloigne, puisqu'il se crée des intérêts opposés à ceux de la société. »

(5) **Add.** *Jurisprudence.*—Jugé qu'on ne peut non plus considérer comme acte de gestion le fait d'un associé commanditaire qui achète ou se fait délivrer une portion des marchandises exploitées par la société, lorsque leur petite quantité fait présumer qu'elle était destinée pour sa consommation personnelle (13 décembre 1841, Req. Paris ; DALLOZ, XLII, 1, 26).

— Et que le commanditaire qui a figuré à une transaction entre la société et son gérant, qui l'a ensuite exécutée comme banquier de la société, qui s'est chargé d'une procuration en blanc du gérant, mais sans en faire usage, et qui s'est rendu adjudicataire de l'actif social, n'a pas fait en cela acte d'immixtion (code de commerce, art. 27, 28 ; arrêté du conseil d'État, 17 mai 1809. 27 octobre 1841, tribunal de commerce de la Seine, société charbonnière C. Doumerc, DALLOZ, XLII, 3, 21.)

(6) Le mot *forenses* est peu usité. Mais il est commode, et je m'en sers à l'exemple des anciens auteurs, de D'OLIVE, par exemple.

(7) T. IV, n° 1030. Il est suivi par MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 251, et par la collection de DALLOZ, t. XII, p. 132, n° 6.

lité ; elle est fausse en beaucoup de cas. Sans aucun doute, il y aurait immixtion de la part du commanditaire qui, dans une société d'assurances, exercerait les fonctions d'agent dans un port ; il y aurait immixtion de la part du commanditaire qui, dans une société de messageries, serait le préposé, le représentant de cette société dans une ville. Ceux-là, en effet, font acte de gestion ; ils remplacent le gérant, ils traitent avec les tiers, ils s'emploient à augmenter le crédit de la société par leurs actes, par leurs recommandations, par leur travail extérieur. Mais le commis inconnu qui tient les écritures ; mais l'agent occupé loin des tiers, d'une manière quelconque ; mais l'auxiliaire préposé à des fonctions qui ne sont pas et ne peuvent pas être celles du gérant, tous ceux-là ne s'immiscent pas ; on ne peut pas dire qu'ils soient employés à ces affaires de la société dont le maniement constitue la gestion sociale.

Toute cette seconde partie de l'art. 27 se réduit donc à ceci : c'est que pour qu'un associé commanditaire soit censé avoir participé à la gestion comme mandataire ou locateur d'ouvrages, il faut qu'il ait agi comme représentant de la société et qu'il se soit mis en relation avec les tiers par une délégation des fonctions attribuées au gérant ; sinon la loi ne s'inquiète pas de ses actes, et elle ne lui défend pas de prêter à la société une industrie qu'il pourrait aussi bien utiliser auprès d'autres entreprises : les tiers ne peuvent qu'y gagner. La société sera mieux servie, quand elle trouvera ses auxiliaires parmi des personnes intéressées à ses progrès.

437. Lorsque des faits d'immixtion sont allégués par des tiers, la preuve peut se faire par témoins (1). Cette proposition n'a pas besoin de plus amples démonstrations.

438. J'ai dit que la solidarité est la peine de l'imprudence ou de la fraude du commanditaire ; mais on ne pourrait aller jusqu'à déclarer commerçant de plein droit le commanditaire civil qui se serait immiscé ; ce serait ajouter à la loi (2). Je prie de recourir à un arrêt de la cour royale de Bourges, que j'ai rapporté ci-dessus, n° 74 ; un propriétaire, un médecin, un avocat, qu'une faute ou un écart de zèle ont entraîné au delà de la limite de la commandite, n'est pas pour cela seul négociant ; on ne peut pas dire sans distinction qu'il fait du commerce sa profession habituelle (art. 1 du code de commerce). Il serait contraire à toutes les notions de la justice de lui imprimer inopinément une qualité qui, au grand préjudice de ses créanciers et de son épouse, entraînerait avec elle sa faillite (3) !

439. L'obligation de payer les dettes de la société

---

(1) *Suprà*, n° 163 ; PERSIL, art. 27, n° 2 ; PARDESSUS, t. IV, n° 1037.

Add. *Junge* TOULLIER, t. IX, n° 134 : « Suivant les règles du droit civil, la défense de prouver par témoins contre et outre le contenu aux actes, ne regarde que les personnes qui ont été parties. » (POTHIER, n° 766).

TOULLIER rappelle d'ailleurs la discussion du conseil d'État, où la question a été agitée et résolue. Voir ci-après le commentaire des sociétés commerciales.

(2) PERSIL, art. 28, n° 3 ; PARDESSUS, t. IV, n° 1037. *Contrà*, MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 260.

Add. Voici l'opinion de MALEPEYRE, n° 260 : « Mais lorsque les créanciers sont parvenus à faire cette preuve, faut-il en conclure que le commanditaire est obligé de la même manière que l'associé principal, et que, lors même qu'il n'exercerait pas le commerce, il peut être condamné, et par corps, au payement des dettes, déclaré en faillite à défaut d'exécution des engagements sociaux ? Pardessus, qui soulève cette question, la résout par la négative. Il reconnaît que les transactions faites par le commanditaire sont bien des actes de commerce, mais que ce ne sont que quelques faits isolés qui ne suffiraient pas pour le constituer commerçant. Ce point, ajoute-t-il, est d'une grande importance, car le commanditaire n'a probablement jamais songé à remplir les obligations spéciales qui sont imposées aux commerçants, telles que tenue de livres, publicité de son contrat de mariage (code de commerce, art. 8 et 67). Ses créanciers particuliers ni sa femme n'ont pas dû le considérer comme commerçant ; ce serait tromper la foi publique que de leur faire subir l'application des dispositions spéciales aux créanciers des commerçants en faillite. Puis il termine ainsi : Les créanciers de la société n'y ont aucun intérêt, et la seule différence entre le cas où le commanditaire n'a point géré, et celui où il a géré, consiste en ce que, dans le premier, ils ne peuvent lui demander plus que sa mise, quelque considérables que soient les dettes ; que dans le second ils peuvent exiger la totalité des dettes quelque supérieures qu'elles soient à sa mise. Or, pourrait-on dire, dans le premier cas, que si un commanditaire devant encore à la société tout ou partie de sa mise, se trouvait hors d'état de la payer, les créanciers pourraient la faire déclarer en faillite, sous prétexte que son engagement est relatif à une société de commerce ? Cependant, quelle différence y a-t-il entre l'un et l'autre cas, sinon que, dans le premier, l'obligation du commanditaire est limitée, et que, dans le second, elle est indéfinie ?

« Il nous paraît difficile d'admettre cette opinion, parce qu'elle nous semble tout à fait contraire aux dispositions de la loi. Et d'abord remarquons que Pardessus se place dans les circonstances les plus avantageuses, car il ne suppose que quelques actes isolés, insuffisants, suivant lui, pour faire considérer le commanditaire comme commerçant, et cependant il décide la question d'une manière générale. Mais si cet associé a couvert sa qualité d'associé solidaire du voile de la commandite, s'il a participé à tous ou presque tous les actes de la gestion, peut-on douter qu'il ne soit devenu un véritable commerçant, au moins par rapport aux créanciers de la société ? Et puisque la loi s'est montrée rigoureuse, puisqu'elle n'a accordé cette prérogative, ce privilége, au commanditaire que sous la condition formelle qu'il ne pourra faire *aucun acte de gestion* (code de commerce, article 27), puisque, s'il y a contravention à cette prohibition, elle révoque cette prérogative, le déclare déchu de sa qualité de commanditaire, et par conséquent obligé solidairement avec les associés en nom collectif, et comme eux, au payement des engagements de la société, peut-on douter que cet associé, désormais responsable comme dans les sociétés en nom collectif, doive être réputé commerçant, si la société dont il est membre est commerciale ? C'est le cas d'appliquer cet adage : *lex dura sed lex*. C'est une erreur de dire que les créanciers de la société n'y ont aucun intérêt, car si vous considérez le commanditaire comme non commerçant, même vis-à-vis des créanciers de la société, nonobstant sa participation à la gestion des affaires de commerce exercées par la société, vous leur enlevez la contrainte par corps et les priviléges réservés aux créanciers des commerçants.

« Nous avons pensé que le commanditaire était tenu commercialement du payement de sa *mise* non effectuée, et nous avons ajouté que nous ne croyions pas qu'il pût être déclaré en faillite, faute de pouvoir remplir ses engagements, parce que c'est un fait isolé de commerce qui ne peut suffire pour le faire considérer comme commerçant, et qu'il ne cesse pas d'être considéré comme commanditaire. Mais nous croyons que l'associé en commandite qui transgresse la loi de son privilége, doit être réputé commerçant, de la même manière que s'il était associé en nom collectif dès le principe, puisqu'il devient membre actif d'une société commerciale, et que la loi le déclare solidairement obligé avec les autres associés à toutes les dettes commerciales. Ce changement de qualité peut avoir des conséquences funestes pour le commanditaire ; mais elles sont la conséquence d'un fait volontaire qu'il était maître de ne pas accomplir. C'est la sanction pénale des dispositions de l'art. 27. »

(3) **Add.** Cette opinion est combattue par DELANGLE qui pose et résout ainsi la question : « L'associé commanditaire qui s'immisce dans la gestion perd, aux termes de l'art. 28 du code

s'étend à toutes celles qui ne sont pas encore acquit- tées au moment de l'immixtion et qui ont été contrac-

de commerce, les avantages attachés à sa position; il est déclaré débiteur solidaire. Et, il faut bien le remarquer, la solidarité qui lui est infligée n'est pas une peine au profit du créancier seulement, qui, traitant avec le commanditaire, a pu être induit en erreur. Cette solidarité s'étend à tous les engagements de la société, quels qu'en soient la date et l'objet; elle peut être invoquée par tous les créanciers sans distinction, aussi bien ceux que le commanditaire n'a jamais vus, que ceux avec lesquels il a eu des rapports.

« Déchu de la qualité que le contrat lui confère, le commanditaire devient associé collectif : qu'importe, s'il en est ainsi, qu'il ait traité directement avec les créanciers? L'associé collectif, par cela seul qu'il est associé collectif, est obligé solidairement au payement des dettes sociales, de celles mêmes dont il n'a point eu connaissance.

« Pardessus s'est demandé si ces effets de l'immixtion étaient tellement absolus, que le commanditaire dont le patrimoine ne suffirait pas au payement des dettes sociales, pût être constitué en état de faillite, et voici comment il résout la question (t. III, n° 1037) :

« Sans doute, dit-il, les obligations du commanditaire envers « les créanciers de la société sont actes de commerce..., de « même que l'obligation limitée qu'il avait contractée de payer « jusqu'à concurrence de sa mise; mais ce n'est là qu'un fait « isolé qui ne le constitue pas commerçant.

« Ce point est d'une grande importance. Le commanditaire « qui s'est immiscé dans la gestion, n'a probablement jamais « songé à remplir les obligations spéciales que nous avons vues « être imposées aux commerçants pour tenue de livres, publi- « cité de leur contrat de mariage, etc., etc. Ses créanciers parti- « culiers, sa femme, n'ont pas dû le considérer comme commer- « çant. Leur faire subir l'application des dispositions spéciales « aux créanciers et aux femmes des commerçants en faillite, ce « serait donc tromper la foi publique.

« Les créanciers de la société n'y ont aucun intérêt. La seule « différence qui existe entre le cas où le commanditaire n'a point « géré et celui où il a géré, consiste en ce que dans le premier « ils ne peuvent pas lui demander plus que sa mise : que, dans le « second, ils peuvent lui demander la totalité des dettes, quelque « supérieures qu'elles soient à la mise. Or, pourrait-on dire dans « le premier cas, que si un commanditaire devant encore à la « société tout ou partie de sa mise, était hors d'état de la payer, « les créanciers pourraient le faire déclarer en faillite, parce que « son engagement est relatif à une société de commerce? Cepen- « dant quelle différence y a-t-il entre l'un et l'autre cas, sinon « que dans le premier, l'obligation du commanditaire est limitée, « et que dans le second elle est indéfinie? »

« Ce système n'est pas conforme au droit. Il est incontestable que la qualité de négociant ne résulte pas d'actes de commerce isolés, accidentels, et que le négociant seul peut être déclaré en faillite.

« Mais est-il exact et légalement possible d'assimiler à un non-négociant qui a fait quelques actes de commerce, le commanditaire qui a pris part à la gestion de la société dont il est membre? Un associé collectif est négociant, et, comme tel, sujet à la contrainte par corps, à la faillite; personne n'en doute. La nature de la société s'étend aux personnes qui la composent, elle leur imprime sa qualité propre, elle déteint sur eux, pour ainsi parler. Les membres d'une société commerciale ne peuvent pas ne pas être commerçants. Quand l'objet de la société est de faire le commerce, uniquement, exclusivement, comment les associés, qui sont les agents directs de ce commerce, ne seraient-ils pas négociants?

« Or, que devient le commanditaire, quand, déchu des privi- léges de sa position exceptionnelle, il est soumis au payement indéfini des dettes de la société? Nous l'avons déjà dit, et nous n'avons fait que répéter les paroles de Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) au conseil d'État :

« Le commanditaire ne peut gérer sans devenir associé pur et « simple et solidaire. »

« Et c'est pour cela que, placé sur la même ligne que le gérant, il porte le poids de tous les engagements, de ceux mêmes dont la date remonte au delà de l'immixtion dans la gestion; le commanditaire, en ce cas, n'est pas admis à dire que le créancier qui a traité directement avec le gérant n'a pu se déterminer par la confiance que lui inspirait une solvabilité dont la convention sociale ne faisait point son gage : le commanditaire est censé avoir été dès l'origine associé solidaire; sa condition est la même absolument que celle du gérant.

« Pourquoi donc, s'il ne paye pas le créancier qui le poursuit, ne pourrait-il être mis en faillite? Pourquoi obtiendrait-il un privilége que ne peut invoquer le gérant, quand cependant, aux yeux des tiers, il n'est ni plus ni moins engagé? Par l'effet immédiat de la solidarité, le commanditaire est, à l'égard des créanciers, le représentant de la société, il est la société même; la solidarité réunit et confond toutes les personnes pour n'en faire qu'un débiteur, passible de toutes les actions et de toutes les rigueurs qui s'y rattachent. Par l'immixtion il n'y a plus de commanditaires; il n'y a plus que les associés collectifs : le privilége s'est éteint avec la cause qui l'engendrait.

« Admettre le système de Pardessus, c'est supposer une chose légalement impossible, l'existence simultanée de deux qualités qui s'excluent, la qualité d'associé collectif et la qualité de commanditaire. Quel motif, en effet, met le commanditaire à l'abri de l'action des tiers, sinon celui-ci : qu'il n'est engagé que pour la mise; qu'il n'a traité qu'avec le gérant; que, s'il a donné de l'argent pour faire le commerce, il n'est cependant pas commerçant; qu'il n'est qu'un bailleur de fonds de tout point étranger à l'administration?

« Or, quand les tribunaux ont déclaré que, ne respectant pas les exigences de sa position, le commanditaire est sorti de l'inaction qui lui est imposée, qu'il a géré, la société collective, avec toutes ses conséquences, remplace la société en commandite, la qualification originaire cède aux faits d'immixtion. Évidemment donc, dire que l'associé qui a perdu la qualité de commanditaire en conserve encore la prérogative, en ce sens qu'il ne devient pas négociant sujet à la faillite, c'est admettre le concours de qualités contraires. Quand l'art. 28 du code de commerce déclare que l'associé commanditaire qui s'immisce dans la gestion est obligé solidairement avec les associés collectifs pour toutes les dettes et engagements de la société, il dit aussi énergiquement qu'il est possible, que la qualité est indivisible, et que désormais c'est l'art. 22 qui régit le sort du commanditaire.

« Ce n'est pas tout : Pardessus raisonne comme si l'art. 28 du code de commerce avait été fait uniquement pour le cas où l'associé commanditaire, traitant accidentellement avec un tiers, compromet sa qualité. Or, sans parler du cas où un homme sans consistance a été institué gérant pour laisser à ses prétendus commanditaires la faculté de duper le public, ne peut-il pas arriver que des commanditaires, trop dociles aux conseils de la méfiance, organisent la gestion de telle manière que le gérant ne soit qu'un instrument, une sorte d'automate obéissant à l'impulsion qu'il reçoit, suivant le mouvement qu'on lui communique?

« La jurisprudence et la doctrine ont admis que la responsabilité devait peser sur ceux qui ont eu en réalité la direction de l'entreprise. La solidarité remonte à sa source. Or, en ce cas, y aurait-il possibilité de nier que ces commanditaires de nom, associés collectifs de fait et d'intention, soient commerçants? Oserait-on soutenir que lorsque pendant plusieurs années ils ont fait le commerce, car c'est faire le commerce que de régler les opérations à faire, on ne peut les constituer en faillite; et que la qualité qu'ils ont prise, qualité fictive, les protége contre l'exercice d'un droit que la loi commerciale accorde aux créanciers?

« Non, à moins qu'on ne veuille sacrifier le fond à la forme, il faut reconnaître qu'en pareille circonstance toutes les actions dont est passible le commerçant qui ne satisfait pas à ses obligations, la contrainte par corps, la faillite sont applicables aux associés qui, sous couleur de commanditaires, ont formé une société dont ils ont eu la direction.

« Or, si telle doit être ici la solution, comment, dans le pre-

mier cas, serait-elle différente? Où puiser le motif d'une distinction réelle? La loi, qui a déterminé la condition du commanditaire déchu, n'a pas prévu tous les cas qui pouvaient entraîner la déchéance. Elle s'est bornée à poser le principe que le commanditaire ne pouvait s'immiscer dans la gestion, laissant aux tribunaux le soin de l'appliquer selon les circonstances. Mais quel que soit le point de départ, que la condamnation résulte d'un fait de gestion constaté, de l'appréciation du statut social, de la fraude des commanditaires qui ont essayé de spéculer à l'aise et sans danger, à l'abri d'un nom sans valeur, la conséquence est la même : c'est l'application de la solidarité, c'est-à-dire la substitution de la société collective à la commandite. Or, l'inévitable résultat de la solidarité est de ramener toutes les positions à l'unité. Le lien ne serait qu'imparfaitement formé, si l'un des débiteurs solidaires avait en sa faveur des exceptions que les autres ne pourraient invoquer. La cause peut varier, mais non la fin. Le niveau passe sur tout le monde.

« On dit que le commanditaire peut se trouver exposé à des conséquences qu'il n'a pas prévues, à une accusation de banqueroute, par exemple, pour n'avoir pas tenu des livres réguliers. C'est une crainte chimérique. Le commanditaire n'est pas attaqué par les actes qu'il aurait pu faire en son nom personnel, mais pour son concours à l'exploitation sociale ; or, la société a dû tenir des livres ; et les livres doivent faire mention de toutes les opérations qui ont eu lieu. Que si l'on suppose le contraire, à qui la faute? Est-on bien venu, quand on a violé la loi, à dire qu'on n'en avait pas prévu les conséquences? Nul n'est censé ignorer la loi : quiconque y contrevient, en doit accepter le danger ; et s'il devait arriver que la justice criminelle demandât au commanditaire un compte sévère de ses actes, ce ne serait pas encore une raison de restreindre l'action des créanciers. Celui qui se livre à des actes de commerce assez nombreux, assez suivis pour que la qualité de commerçant lui soit appliquée, est dans une situation identique. Rien ne l'empêche non plus d'alléguer ses intentions, et de dire qu'il n'avait pas prévu quelles seraient les suites fatales de sa faute ; qu'il y aurait rigueur extrême, injustice même à lui infliger non-seulement le déshonneur de la faillite, mais encore la flétrissure d'une poursuite criminelle, pour avoir omis d'accomplir des formalités dont, au début, il n'était pas tenu. Ce langage ne serait pas admis, tout le monde en est d'accord. Pourquoi donc prendrait-il faveur dans la bouche du commanditaire, négociant aussi par sa faute? Pourquoi y aurait-il une différence de position entre personnes qui, par des chemins différents, sont arrivées au même but? Il n'y a pas deux sortes de négociants : que la qualité résulte de la déclaration expresse du commerçant, ou de la déclaration des tribunaux, c'est toujours la même chose. C'est, en définitive, un négociant, comptable des infractions qu'il a pu commettre à la loi, sauf au juge compétent à modérer la peine, si les circonstances l'y déterminent.

« Pardessus ajoute qu'il n'y a pas d'intérêt pour les créanciers, et on a vu comment il justifie cette solution : c'est que le commanditaire ne peut être soumis, pour le payement des dettes sociales, à une autre action que pour le payement de sa mise, quand il n'a pas accompli cette obligation ; attendu qu'entre ces deux cas il n'y a d'autre différence, sinon que, dans l'un, l'engagement du commanditaire est indéfini, et que, dans l'autre, il est limité.

« Le vice saillant de ce raisonnement, c'est de confondre l'intérêt et le droit des créanciers.

« L'intérêt, en effet, est manifeste. La faillite assure aux créanciers toute la fortune du débiteur ; elle prévient les dispositions abusives, elle donne le moyen d'atteindre les constitutions d'hypothèques, les nantissements, les actes à titre gratuit, les payements anticipés. C'est chose capitale pour les créanciers. La cour de cassation, à deux reprises, a jugé qu'alors même qu'il n'y avait qu'un seul créancier, le débiteur pouvait être constitué en état de faillite. La question d'intérêt n'est-elle pas d'ailleurs remise exclusivement à l'appréciation des créanciers?

« Quant au droit, il est très-vrai qu'on ne pourrait provoquer la faillite du commanditaire qui n'aurait pas payé sa mise. Mais ce n'est pas seulement parce que le commanditaire n'est pas négociant, ce qui suffirait ; c'est encore, et surtout, parce que l'engagement du commanditaire ne constitue pas un fait de commerce. N'est-il donc pas certain que la commandite a été établie, pour que, sans faire le commerce, ni déroger, les gentilshommes, les femmes, les magistrats pussent prendre part aux gains du commerce? Et alors, comment l'obligation limitée de payer une mise sociale aurait-elle un caractère commercial? Nous avons démontré précédemment que la contrainte par corps ne peut être infligée au commanditaire qui ne fait pas sa mise, et parce qu'il n'est pas négociant, et parce que la promesse de fournir des fonds destinés à faire le commerce n'est pas un acte de commerce.

« Tout autre chose est l'immixtion dans la gestion : comme elle se réfère à des faits essentiellement commerciaux, elle a un caractère commercial ; elle n'en peut pas avoir d'autre. Il y a plus, elle fait du commanditaire un négociant : nous croyons l'avoir établi. Le commanditaire qui a fait acte de gestion est tenu des dettes sociales, non parce qu'il a traité avec les créanciers ; car en ce cas, il ne serait obligé qu'envers ceux avec lesquels il aurait contracté, mais parce que transformé en associé collectif et solidaire, il est passible de tous les faits de la société, comme le gérant lui-même.

« Que veut donc dire Pardessus, qu'après l'immixtion du commanditaire, s'il y a différence dans la quotité de ses obligations, il n'y en a pas dans le principe et dans les effets? Il y a, tout au contraire, une différence radicale : *dans le principe ;* car la promesse de verser des fonds dans une société en commandite, est un fait civil ; tandis qu'un acte de gestion est de toute nécessité un acte commercial ; *dans les effets ;* car la solidarité, la contrainte par corps, la faillite, s'appliquent au commanditaire qui a géré ; jamais au commanditaire en retard de payer son apport.

« Le tort de Pardessus est d'abord d'avoir appliqué aux faits du commanditaire qui ont suivi la formation de la société, et qui, relativement à lui, l'ont dénaturée, les règles faites pour le contrat originaire, c'est-à-dire pour la souscription et le payement de la mise ; c'est ensuite d'avoir supposé qu'après l'immixtion, le commanditaire n'était pas devenu négociant ; que seulement il avait fait acte de commerce. Mais la loi, en ce cas, assimile le commanditaire au gérant ; et un gérant de société commerciale, responsable indéfiniment et solidairement, peut-il n'être pas commerçant? Peut-on admettre qu'un associé que la solidarité confond avec l'être moral, et qu'elle livre comme un de ses représentants à l'action des tiers, a le pouvoir de contester la qualification de négociant?

« Cette solution sans doute est rigoureuse ; car la réparation peut être sans proportion avec la faute. Mais la loi ne nous semble point en autoriser d'autre ; entre l'associé commanditaire et l'associé collectif, il n'y a pas légalement d'état intermédiaire ; s'il n'est l'un, il est l'autre. Quand le commanditaire reste commanditaire, les voies commerciales ne l'atteignent pas ; devenu solidaire, son sort est le même absolument que si, dès l'origine, il eût été constitué gérant.

« Pardessus a reculé devant les conséquences de la doctrine qu'il a si nettement exprimée ailleurs, que la commandite est une exception ; or toute exception a sa cause ; et la cause cessant, l'effet doit cesser également ; le principe général reprend son empire, il n'y a plus que des obligés au même titre et de la même manière. Ne serait-ce pas une chose étrange, lorsque l'associé collectif auquel la gestion est interdite, peut, de l'assentiment de tous, être constitué en faillite, si les dettes qu'il n'a pas créées, mais qu'il a permis de créer, ne sont pas acquittées ; que le commanditaire qui a abdiqué son titre pour gérer, trouvât dans la qualité même qu'il a répudiée, l'immunité de cette rigueur ; que la gestion réelle entraînât moins d'inconvénients et conférât aux tiers moins de garanties que la gestion de droit? Non, ce sont là des systèmes bâtards, et qui ne peuvent qu'énerver la loi ; il les faut proscrire sans pitié !

« Cependant un arrêt de la cour de Bourges du 2 août 1828 (Sirey, XXX, 2, 44) a consacré le système de Pardessus.

« Attendu, en droit, y est-il dit, que la solidarité est la seule « peine portée par l'art. 28, code de commerce, et que les dis- « positions pénales ne sauraient être étendues ;

« En fait, qu'on ne pouvait induire des faits établis contre le « commanditaire, qu'il se soit livré habituellement à des actes

tées avant qu'elle n'ait eu lieu. L'art. 28 ne distingue pas (1). Une ventilation entre les dettes antérieures et les dettes postérieures eût donné lieu à mille difficultés. Pour satisfaire la logique, on eût brouillé toutes les affaires d'une société; d'ailleurs, plus la peine sera grave et rigide, plus elle retiendra les commanditaires et préviendra les fraudes que redoute la loi.

439 2° (2).

440. Reste à examiner sur cette matière une dernière question. Dans l'intérêt de qui a été prononcée la peine de l'immixtion? Est-ce dans l'unique intérêt des tiers? Ou bien les coassociés du commanditaire peuvent-ils aussi s'en prévaloir contre lui?

Jusqu'à présent les auteurs avaient pensé que les associés du commanditaire étaient sans droit (3).

Mais le contraire a été décidé par un arrêt de la cour royale de Paris du 9 janvier 1836 (4). Le général Damrémont avait commandité un sieur Chauvier pour l'exploitation d'une plâtrière. Mais Damrémont ne s'était pas renfermé dans la position de simple commanditaire. Des travaux avaient dû être faits par la société, et c'était Damrémont qui en avait fait l'adjudication d'après ses devis, en l'absence et sans le consentement de Chauvier; c'est lui qui en avait surveillé la direction, qui avait payé les ouvriers, et qui avait fourni et vendu à la société les matériaux dont elle avait besoin; dans ces circonstances, Chauvier demanda que Damrémont fût déchu de sa qualité de commanditaire et tenu solidairement envers lui des dettes auxquelles ces opérations avaient donné lieu. Les arbitres de la cour royale lui accordèrent ses conclusions.

Je ne puis me rendre à cet arrêt. L'art. 28 du code de commerce ne dit pas que l'associé qui s'est immiscé sera déchu de sa qualité de commanditaire; au contraire, il continue à l'appeler de ce nom: seulement, il veut qu'il soit obligé solidairement pour toutes les dettes et engagements de la société: ce qui est bien mettre l'associé en présence des tiers et le frapper d'une peine sévère dans l'intérêt de ces derniers. Et l'on en conçoit la raison: les tiers ont pu être trompés; les actes de l'associé coupable d'immixtion ont pu les induire en erreur et leur faire croire qu'il était associé pur et simple. Qu'il reste donc associé pur et simple, puisqu'il en a pris la couleur et les droits. Mais d'associé à associé, est-ce que l'erreur est possible? Le contrat n'a-t-il pas fixé les positions sans équivoque, sans sujet de méprise? N'a-t-il pas établi un commanditaire et un gérant? Et de quoi donc ce dernier se plaindrait-il? De ce que son coassocié a empiété sur ses droits? Mais pourquoi n'a-t-il pas fait cesser cette usurpation? N'en avait-il pas les moyens? Et s'il ne l'a pas fait, ne serait-ce pas parce qu'il a approuvé des actes utiles et qui ont tourné au profit commun?

L'art. 27 fournit un argument irrésistible contre la décision de la cour royale. Il suppose que l'immixtion peut avoir lieu avec un mandat de gérant; il fait peser sur le commanditaire la responsabilité et la solidarité. Or, je le demande, peut-il venir dans la pensée d'admettre que cette peine doive profiter au gérant qui a donné le mandat, qui a été l'instigateur et le complice de l'immixtion?

Je crois donc que l'arrêt en question est un de ceux qui échappent parfois dans *ce grand abîme* de la cour royale de Paris, comme disait Coquille du parlement (5).

441. Partant de là, on décidera que le commanditaire, qui aura été condamné à payer aux tiers des obligations solidaires, aura recours contre les gérants pour tout ce qui excède sa mise; car il ne peut être tenu au delà.

442. On vient de voir quels principes dominent la commandite. On peut maintenant se faire une juste idée du rôle du commanditaire.

Quelques auteurs, s'arrêtant à l'écorce des choses, ont assimilé le commanditaire à un simple prêteur. E. Vincens nous apprend même que cette assimilation s'est produite au conseil d'État, qu'elle y a été proclamée hautement, sans rencontrer d'opposition (6). « Comme on l'a entendu dire à un conseiller d'État « fort distingué, le commanditaire *n'est qu'un prê-« teur*, auquel, au lieu d'un intérêt fixe, la société « accorde une part dans les bénéfices qu'elle espère. »

J'en demande bien pardon à ce conseiller d'État fort distingué; mais qu'il me permette de dire que,

---

« de nature à lui imprimer la qualité de négociant, et à donner « lieu à la déclaration de faillite. »

« Le premier motif n'est qu'une pétition de principe. La solidarité a pour objet et pour effet de confondre tous les débiteurs d'une même dette en un seul débiteur, et de porter sur chacun, au gré du créancier, le poids entier de l'engagement, *cùm ex unâ stirpe unoque fonte, unus effluxit contractus, vel debiti causa ex eâdem actione apparuit* (l. ult. cod. *de duobus reis*). Ainsi, dans les sociétés commerciales, chaque associé collectif se confond avec la société qu'il représente; il est aux yeux des tiers la société même. Or, comment le commanditaire qui n'est soumis à l'action solidaire que parce qu'en s'immisçant dans la gestion, il devient associé collectif, ne serait-il pas, comme le gérant lui-même, passible de toutes les conséquences qui dérivent soit de la nature de la dette, soit de la qualité du débiteur?

« Les dispositions pénales ne doivent pas être étendues sans doute; mais il ne faut pas non plus en éluder les conséquences nécessaires. Or, la solidarité, qui n'est qu'un effet, a sa cause, et cette cause étant la transformation de l'associé commanditaire en associé collectif, et l'associé collectif ne pouvant pas ne pas être commerçant, la conséquence nécessaire est que le commanditaire, déchu de sa qualité, peut, s'il ne paye pas les dettes sociales, être mis en faillite.

« Le motif tiré du fait n'est pas plus solide que celui tiré du droit. Il ne s'agit pas, en effet, de savoir si l'associé commanditaire a fait des actes de commerce, ni s'il en a fait assez pour être réputé commerçant; mais si, en s'immisçant à la gestion, il ne s'est pas transformé en associé collectif; car ce point admis, le plus ou moins grand nombre d'actes de commerce est chose absolument indifférente. Un associé collectif exclu de la gestion n'est pas moins commerçant que l'associé gérant. »

(1) PERSIL, art. 28, n° 4.

(2) **Add.** *A quelles dettes s'étend alors la solidarité qui pèse sur le commanditaire qui a géré?* — PERSIL répond: « Il faut distinguer: si les dettes antérieures à sa gestion sont payées, le commanditaire, devenu associé pur et simple, reste toujours étranger à leur payement. Car, comme nous l'avons vu précédemment, il ne devient associé pur et simple qu'à l'égard des créanciers de la société, et une fois qu'il sont désintéressés, il conserve toujours sa qualité de commanditaire relativement aux membres de l'association.

« Mais si les dettes antérieures à l'administration du commanditaire, ne sont pas acquittées, alors il devient responsable pour elles comme pour celles qui auraient suivi la contravention à l'article 27. En effet, l'article 28 ne distingue pas; il le déclare obligé solidairement, avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société. »

(3) PARDESSUS, t. IV, n° 1038; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 161; PERSIL, sur l'art. 28, n° 3; *suprà*, n° 161, un cas où ceci se présente.

(4) SIREY, XXXVI, 2, 134; *suprà*, n° 161.

Add. Conf. à TROPLONG. Cass., Req. 29 mars 1843.

(5) Sur Nivernais, t. XXII. art. 5.

(6) *Des sociétés par actions*, p. 47.

s'il est un administrateur habile, il est, en ceci, un jurisconsulte très-hasardeux; il a laissé échapper une grave erreur; il est tombé dans une fâcheuse confusion. Entre le prêteur et le commanditaire il y a tout un monde de distance; c'est pourquoi nous avons étudié ci-dessus les monuments de la jurisprudence dans lesquels le prêt et la commandite se dessinent, tantôt avec leurs différences tranchées, tantôt avec de feints rapprochements (1). Les casuistes qui crurent nécessaire d'inventer les trois contrats, pour dissimuler le prêt à intérêt sous les couleurs d'une société flanquée d'une assurance du capital et d'une vente des gains à espérer, se connaissaient mieux en jurisprudence que le conseiller d'État auquel applaudit E. Vincens. Si le prêt, défendu par les lois canoniques, eût été la même chose que la commandite autorisée par elles, on n'aurait pas eu besoin de tant de détours et de complications subtiles!

Du reste, Vincens a reconnu ailleurs les différences du prêt et de la commandite (2); et j'éprouve une véritable surprise en voyant la doctrine du conseiller d'État cité par lui appuyée par un savant jurisconsulte, Cresp, professeur de droit commercial à Aix. Il est vrai que c'est seulement dans une consultation (3). On sait que, dans ces sortes de travaux, le zèle et l'entraînement de la défense peuvent quelquefois conduire à des déviations.

443. Le commanditaire est donc un associé, non pas un associé ordinaire : *Per omnia socius non est*, disait l'arrêtsite de la rote de Gênes (4); c'est un associé qui engage ses capitaux plus que sa personne et dont la responsabilité s'arrête à sa mise.

Mais, ceci accordé, le commanditaire n'en est pas moins associé. L'art. 26 du code de commerce le déclare en termes précis, et, sous son empire, il n'est plus permis d'élever des doutes sur une qualité si bien définie. Je conçois cependant la possibilité des méprises, à l'époque où la commandite se distinguait à peine de la participation, qui, ainsi que nous le verrons plus tard, n'a jamais été une société régulière; mais l'erreur n'est plus permise en présence d'une législation, qui classe la commandite parmi les vraies sociétés, et trace une si grande ligne de démarcation entre elle et la participation.

§ III. — De la société anonyme.

444. La société anonyme a quelques rapports avec la commandite; mais elle en diffère en un point essentiel : c'est que les capitaux associés et réalisés n'ont pas de représentants personnellement et indéfiniment responsables. Elle n'offre au public qu'un patrimoine pour garantie, et point de personnes obligées. L'être moral est une caisse sociale au delà de laquelle il n'y a pas d'individus débiteurs et contraignables (5).

445. Les dispositions organiques de cette société n'avaient jamais été codifiées avant le code de commerce. Quoiqu'elle ne fût pas inconnue dans l'ancien régime, toutefois l'ordonnance de 1673 ne s'en occupait pas. Comme le gouvernement intervenait toujours dans la constitution des anciennes sociétés, que nous appellerions aujourd'hui compagnies anonymes, on les considérait comme l'œuvre de la puissance publique plutôt que comme l'ouvrage libre de la volonté des particuliers; c'est pourquoi on ne les classait pas au nombre des sociétés laissées à la disposition du public. Pour chaque société anonyme que les spéculations du commerce rendaient nécessaire, on faisait (si je puis parler ainsi) une loi spéciale qui lui donnait la vie. Ces sociétés, du reste, ne portaient pas la dénomination de sociétés anonymes; c'est le code de commerce qui la leur a imposée. Dans l'ancienne jurisprudence, on donnait le nom de société anonyme à la société en participation et à la commandite dépourvue de raison sociale. Ces sortes de sociétés, en effet, n'avaient pas d'existence extérieure, et, par conséquent, pas de nom pour le public; mais le code de commerce les a dépouillées de ce titre, au mépris de l'usage, si puissant dans le commerce. Faute de mieux, il s'en est emparé pour le donner exclusivement à cette autre société que l'ordonnance de 1673 laissait en dehors de ses dispositions, et qui, dans le droit, n'avait pas de qualification scientifique. En cela, le code de commerce ne s'est pas montré inventif, et son peu d'égards pour la langue du droit jette des embarras fréquents dans la lecture des anciens auteurs qui ont traité des sociétés de commerce.

446. J'ai dit que, nonobstant le silence de l'ordonnance de 1673, l'histoire du commerce offrait des exemples de cette sorte de sociétés sur le modèle desquelles le code de commerce a édifié sa société anonyme. En effet, les compagnies des Indes orientales et occidentales, et beaucoup de sociétés privilégiées (6), en France et en pays étranger (7), furent organisées sur ce pied. Il ne sera pas sans intérêt d'analyser la déclaration de 1661, qui porte établissement de la compagnie des Indes orientales (8).

La compagnie des Indes orientales est formée de tout Français qui y voudra entrer, sans que pour cela il y ait dérogeance.

Chaque *part* ne pourra être moindre de 1,000 fr. Elle sera versée par tiers : le premier tiers sera payé comptant pour le premier armement; les deux autres en deux années consécutives et par moitié dans les mois de décembre 1665 et 1666, « sous la peine, à « ceux qui ne fourniraient pas lesdits deux tiers dans « ledit temps, de perdre ce qu'ils auront avancé pour « les premiers et seconds payements, qui demeurera « au profit et dans la masse de la société (9). »

Nul intéressé ne pouvait se retirer qu'en vendant son action (10). Ainsi, la société était perpétuelle et indissoluble par la volonté d'un seul; l'unique moyen

(1) *Suprà*, n°s 47, 49, 50.

(2) *Législ. comm.*, t. I, p. 317, 318.

(3) P. 67. Cette consultation est, du reste, fort remarquable sous d'autres rapports. Je m'en servirai en plus d'une occasion (consult. pour les commanditaires de Loubon aîné).

(4) Décis. 39, n° 9.

(5) *Suprà*, n° 168.

(6) Voy. notre préface.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 168, rappellent les ordonnances suivantes : « Celle des assurances, par ordonnance du mois de mai 1686; celle du Sénégal, par ordonnance du mois de mars 1696; et celle d'Occident, par ordonnance du mois d'août 1717. Ces ordonnances n'étaient autre chose que des concessions faites par le gouvernement, qui, au moyen du pouvoir législatif qu'il s'était attribué, créait, au profit de ces compagnies, un droit extraordinaire qui n'était pas consacré par le droit commun. »

(7) ADAM SMITH, *Rich. des nations*, liv. V, ch. I; décret du 14 mars 1808 qui maintient en compagnies anonymes les compagnies génoises d'assurances maritimes; VINCENS, *Législ. comm.*, t. I, p. 341.

(8) Je la prends dans BORNIER, à la suite du titre des sociétés.

N. B. Un autre édit, du mois de mai 1664, établit la compagnie des Indes occidentales. Ce sont les mêmes bases.

(9) Cette clause est très-fréquente dans les sociétés en commandite; *suprà*, n° 179.

(10) Notez cette clause.

de sortir de l'indivision était de vendre son action (1); l'action est réputée meuble pour chaque intéressé.

Les directeurs et les particuliers intéressés ne pourront être tenus, pour quelque cause et sous quelque prétexte que ce soit, de fournir aucune somme au delà de celle pour laquelle ils se seront obligés.

Les directeurs ne pourront être inquiétés ni contraints en leurs personnes et biens, pour raison des affaires de la compagnie.

Les directeurs, au nombre de vingt et un, devaient être choisis par les intéressés des villes, parmi les actionnaires porteurs d'un certain nombre d'actions (art. 13).

Les effets de la compagnie ne pouvaient être saisis par les créanciers des intéressés. Ils étaient, en effet, le gage des créanciers de la société.

447. On voit là toutes les règles des sociétés anonymes du code de commerce : point de raison sociale; capital divisé par actions; administrateurs mandataires, sans responsabilité personnelle ni solidaire; associés passibles seulement de la perte du montant de leur intérêt dans la société. Le code de commerce n'a rien inventé, il a copié; c'est ce qu'il pouvait faire de mieux.

448. Comme la plupart des compagnies, ainsi constituées par le concours de la haute administration, étaient investies d'un privilége dans la branche de commerce qu'elles exploitaient, elles devinrent incompatibles avec le régime de liberté industrielle consacré par la révolution. La Convention les prit en haine à cause de leur papier-monnaie, c'est-à-dire, de leurs actions au porteur ou nominatives; elle les considérait comme des instruments d'agiotage, peut-être même de conspiration contre le crédit de la république. Elle les supprima, et défendit en même temps de former des établissements de ce genre sous quelque prétexte et sous quelque dénomination que ce fût (2). Mais, deux ans après, le législateur, devenu plus calme sur ces sortes de questions, sentit la nécessité de faire un retour sur cet acte de vandalisme, et la loi qui prohibait les compagnies et associations commerciales par actions fut rapportée (3). On forma un grand nombre de ces associations; mais comme aucune loi n'en avait réglé les principes; la jurisprudence tâtonnait quand il fallait régler les rapports des associés entre eux (4), ou avec les tiers (5).

449. Il y avait donc urgence à codifier une espèce de société qui offre de si grands avantages pour le développement des affaires commerciales : c'est ce qu'a fait le code de commerce par ses art. 29 et suiv. « Les sociétés anonymes, ou par actions (6), disait « Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, sont un moyen « efficace de favoriser les grandes entreprises, d'ap« peler en France les fonds étrangers, d'associer la « médiocrité même et presque la pauvreté aux avan« tages des grandes spéculations, d'ajouter au crédit « public et à la masse circulant dans le commerce. « Mais trop souvent des associations, mal combinées « dans leur origine ou mal gérées dans leurs opéra« tions, ont compromis la fortune des actionnaires et « des administrateurs, altéré momentanément le cré« dit général, mis en péril la tranquillité publique. Il « a donc été reconnu, 1° que nulle société de ce genre « ne pouvait exister que d'après *un acte* public (arti« cle 40 du code de commerce); 2° que l'intervention « du gouvernement était nécessaire *pour vérifier* « *d'avance sur quelles bases on voulait faire reposer* « *les opérations de la société et quelles pouvoient en* « *être les conséquences* (art. 37 du code de commerce). »

450. Comme Regnaud l'a si bien dit, les sociétés anonymes sont éminemment propres aux vastes entreprises; c'est par elles que s'organisent les compagnies qui entreprennent les constructions de canaux (7), de ponts (8), de chemins de fer (9), etc. Elles sont un attrait d'autant plus puissant pour les capitaux civils, qu'outre la dispense de solidarité et de responsabilité

---

(1) *Infrà*, nos 971 et 972.

(2) Loi des 26-29 germinal an II.

Art. 1. Les compagnies françaises sont et demeurent supprimées. Il est défendu à tous banquiers, négociants et autres personnes quelconques, de former aucun établissement de ce genre, sous aucun prétexte et *sous quelque dénomination que ce soit*.

Art. 2. Les décrets des 17 août et 29 novembre 1792 seront exécutés contre toutes les compagnies dont les portions d'intérêts circulaient à l'époque desdites lois *sous la forme d'actions au porteur*, et qui, ayant converti lesdites portions d'intérêts en inscriptions sur leurs propres registres, ont établi, pour leurs négociations, des transferts particuliers, et les percepteurs du droit d'enregistrement feront verser au trésor public les sommes déjà dues à la nation par lesdites compagnies, pour le triple droit encouru à raison de leurs transferts.

Art. 3. Suppression de la compagnie des Indes, défense d'expédier des vaisseaux.

Art. 4, 5, 6, 7, 8.

(3) Loi du 30 brumaire an IV. La loi du 26 germinal an II, concernant les *compagnies* et les *associations commerciales*, est abrogée.

(4) La cour de Nîmes jugea, par exemple, que la majorité pouvait forcer la minorité à augmenter le capital social (arrêt du 3 fructidor an XII. *Suprà*, no 182, sur l'art. 1833. DALLOZ, *Société*, p. 139).

(5) La cour de cassation a prononcé la solidarité au profit des tiers (SIREY, III, 2, 606; et VIII, 1, 225).

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN, disent, no 270 : « Une loi rendue dans les formes déterminées par la constitution aurait seule pu, jusque-là, faire jouir une société des avantages dont avaient antérieurement joui les compagnies créées par ordonnance; mais il eût fallu déroger ce principe de droit public, reconnu sous toutes les constitutions qui ont pour base la division des pouvoirs, que le pouvoir législatif ne peut jamais statuer sur des intérêts particuliers, mais seulement sur des intérêts généraux. Cependant on a dérogé à ce principe relativement à la banque de France, qui a été établie par une loi spéciale et particulière, antérieurement à la publication du code de commerce. Cette dérogation trouve son excuse dans les avantages que l'établissement de la banque de France devait procurer alors au crédit public et aux intérêts commerciaux. Cette société ne jouit pas néanmoins dès sa création de tous les priviléges accordés depuis par le code de commerce aux membres des sociétés anonymes. En effet, la loi du 24 germinal an XI, la première qui fut rendue relativement à cet établissement, ne contient aucune disposition sur la responsabilité des actionnaires envers les créanciers de la société; elle se borne à défendre les appels de fonds, ce qui ne retirait pas aux tiers le droit de poursuivre indéfiniment les associés pour les engagements de la société. Ce n'est que postérieurement à la publication du code de commerce, qu'une loi du 16 janvier 1808 a décidé que les actionnaires de la banque de France ne seraient responsables que jusqu'à concurrence du montant de leur mise. En sorte que, pour toutes les opérations faites jusqu'à cette époque, les actionnaires de la banque de France étaient personnellement et indéfiniment responsables de l'exécution des engagements de la société. »

(6) *Ou par actions!* Comme si la commandite, avant le code de commerce, ne pouvait pas être par actions!

Add. LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, t. I, p. 86, fait aussi cette observation critique.

(7) Les quatre canaux, par exemple, etc., etc.

(8) Le pont de Bordeaux; voyez ordonn. de 1818.

(9) Saint-Germain, Rouen, etc., etc.

personnelle, elles permettent aux associés de surveiller par eux-mêmes les opérations, de les gérer même comme mandataires, et que l'immixtion n'y est pas regardée, ainsi que dans la commandite, comme un fait de nature à entraîner la solidarité ; et, sous ce rapport, la société anonyme a un grand avantage sur la commandite ; car les associés anonymes peuvent régir leurs intérêts, tandis que les commanditaires, sauf certains actes de surveillance, sont forcés de se confier à la bonne foi de leur gérant.

451. Mais, d'un autre côté, la commandite l'emporte sur la société anonyme, en ce sens qu'elle a un gouvernement organisé pour toute la durée de ses opérations, fonctionnant avec liberté et promptitude, unissant aux avantages de la société ceux de l'action individuelle. Quand elle a le bonheur d'avoir des gérants habiles et honnêtes, elle a, à tous ces égards, une supériorité marquée sur la société anonyme, dont l'administration est élective et mobile, où la gestion est contrainte, embarrassée de controverses et d'oppositions, dépendante de majorités plus ou moins éclairées, et assujettie à des formes qui nuisent à la rapidité des résolutions et à l'à-propos des expédients. La société anonyme est une véritable république élective ; elle en a tous les inconvénients. La commandite est plutôt une monarchie tempérée ; mais malheur à elle si elle tombe entre les mains de gérants trop ambitieux d'un pouvoir absolu, et prodigues de ses ressources : elle est la pire des combinaisons, et sa ruine arrive bientôt par les fautes de ses chefs !

452. Maintenant, prenons une à une les dispositions que le code de commerce a empruntées aux anciens édits, et tâchons d'en faire ressortir l'esprit.

La société anonyme a été ainsi nommée, parce qu'elle n'existe pas sous un nom social ; elle n'est désignée par le nom d'aucun associé (art. 29 du code de commerce) ; elle est qualifiée par la désignation de l'objet de l'entreprise (art. 30 du code de commerce). Pour se mouvoir, elle emploie des administrateurs que la loi qualifie de mandataires à temps révocables (art. 31) ; ils sont choisis par les actionnaires et représentent la société dans tous ses actes. Ce ne sont pas ici de ces mandataires qui s'obligent personnellement envers les tiers pour leur mandat ; ce sont des mandataires purs et simples, *nudi ministri* ; ils obligent non eux-mêmes, mais la société, la caisse sociale. Quels que soient leurs actes, ils ne contractent aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société (art. 32 du code de commerce) (1).

453. Et ceci est vrai, non-seulement quand ils sont étrangers à la société, mais, ce qui est plus fort, alors même qu'ils sont associés (articles 31 et 32). Dans les combinaisons du code de commerce, empruntées au régime des anciennes compagnies, la qualité d'associé se détache entièrement de la qualité d'administrateur, quoique ces deux qualités puissent être réunies sur la tête de la même personne. Le fait de l'administration ne réagit pas sur l'associé et ne change pas sa condition. C'est tout autre chose dans la commandite, où l'associé gérant est indéfiniment responsable, et où l'immixtion de l'associé non gérant opère une si grande altération dans ses obligations primitives. C'est que dans la société anonyme, bien différente en cela de la commandite, la société ne cesse jamais d'être un corps distinct des personnes qui la composent ; qu'elle n'a et ne peut jamais avoir d'autre patrimoine, ni offrir aux tiers d'autres garanties que sa caisse, et que l'obligation des personnes n'y vient jamais suppléer aux ressources de cette caisse, devenues insuffisantes (2).

454. Ainsi donc, les tiers qui traitent avec une société anonyme doivent savoir que les directeurs ou administrateurs ne contractent pas avec eux personnellement. Ces directeurs ou administrateurs ne sont responsables que de l'exécution de leur mandat (art. 32) : au delà, point d'obligation personnelle (3).

455. D'après ces notions, on aperçoit tout de suite que l'associé qui expose des fonds dans une société anonyme n'est passible que de la perte du montant de son intérêt (art. 33). Le capital social répond seul. Une fois la mise effectuée, il n'y a plus ni réflexion ni réaction possibles des faits de la société sur la personne des associés (4). Tout associé anonyme est commanditaire. Nul mélange possible de commanditaire et d'associé solidaire.

456. Le capital social d'une société anonyme est divisé en actions, et même en coupons d'actions d'une valeur égale (art. 34). Ces actions peuvent être nominatives ou au porteur (art. 35). Je renvoie à ce que j'ai dit aux numéros 128 et suivants où j'ai traité tous les points qui touchent au droit sur les actions dans les sociétés de commerce et autres.

457. Tout associé est débiteur envers la société du montant de son action, et le directeur, comme mandataire de la société, a qualité pour le contraindre à tenir son obligation (5).

Je pense même que les tiers qui ont contracté avec la société et qui la trouvent insolvable ont aussi qualité pour agir directement contre les associés qui n'auraient pas versé le montant de leur action. La mise de chaque associé est la garantie des tiers ; elle leur est acquise ; il faut donc qu'ils puissent poursuivre directement l'associé qui en est encore débiteur (6).

(1) Add. VINCENS, t. 1, p. 326, n° 3, dit à ce sujet : « Là où nul n'est responsable personnellement, nul ne doit fournir son nom, et contracter dans une forme qui pourrait faire oublier qu'il n'existe qu'un capital fixe et des mandataires non coobligés. Une telle association ne peut avoir une raison sociale composée des noms d'aucun associé. »

(2) Add. C'est ce qui fait dire à MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 264 : « C'est surtout la société anonyme que l'on peut appeler un être moral, un être fictif, parce que son crédit ne repose sur aucune personne, mais seulement sur son capital et sur son matériel, aucun associé n'administrant en qualité d'associé, mais seulement comme mandataire, et ne contractant jamais d'obligation personnelle pour les affaires de la société. De ce que les noms des associés ne doivent pas nécessairement être connus, il résulte qu'il n'est pas indispensable qu'ils soient dénommés dans l'acte de société, ni qu'ils soient parties à cet acte, cette qualité de parties au contrat appartenant aux seuls fondateurs de la société signataires de l'acte. En sorte qu'un notaire ne contrevient pas à l'article 8 de la loi du 21 ventôse an XI, sur l'organisation du notariat, en recevant l'acte d'une société anonyme dont un de ses parents ou alliés au degré indiqué par l'article 8 de ladite loi est actionnaire ou administrateur, mais n'est pas l'un des signataires : c'est ce qui a été jugé par arrêt de la cour de Grenoble, du 8 mars 1832 (SIREY, XXXII, 2, 416).

(3) Add. « Ainsi, dit FAVARD, *Société*, p. 240, n° 7, les obligations et la responsabilité des administrateurs des sociétés anonymes sont, en tous points, les mêmes que celles de tous autres mandataires, telles qu'elles sont établies par les art. 1991 et suivants du code civil, jusques et y compris l'art. 1997, à moins qu'il n'y ait eu à cet égard des stipulations particulières, auquel cas ces stipulations forment la loi des parties, *legem enim contractus dedit.* »

(4) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 325 et 336.

(5) *Ibid.*, n° 325.

(6) *Ibid.*, n° 339.

Sans doute, toute action est éteinte contre les associés quand ils ont réalisé leur mise, et dès cet instant un mur de séparation s'élève entre eux et les tiers (1). Mais quand cette condition n'est pas accomplie, les tiers ne peuvent être repoussés par une fin de non-recevoir, et nous retrouvons ici les principes que nous avons exposés sur l'action des tiers contre les commanditaires (2). Supposons que les associés, par des répartitions de dividendes, aient entamé le capital social, est-ce que, malgré le voile de l'anonyme sous lequel ils se cachent, les tiers n'auraient pas contre eux une action directe pour les contraindre à rapporter? Et pourquoi n'en serait-il pas de même quand la mise n'a pas été effectuée (3)?

458. Du reste, l'associé d'une compagnie anonyme n'est pas plus obligé que le commanditaire à rapporter les bénéfices (4).

459. Une des conditions les plus remarquables de la société anonyme, c'est qu'elle ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi et avec son approbation pour l'acte qui la constitue. Cette approbation doit être donnée dans les formes prescrites pour les règlements d'administration publique.

On a vu tout à l'heure les motifs donnés par Regnaud de Saint-Jean-d'Angely pour expliquer cette intervention du gouvernement dans des affaires privées. L'esprit d'indépendance en a quelquefois murmuré: mais ses plaintes sont vaines et irréfléchies. En effet, lorsqu'une société cache aux yeux du public tout son personnel, quand elle n'offre aux tiers aucune personne saisissable, quand elle vante pour toute garantie un actif que chaque créancier n'a pas la possibilité de vérifier, les fraudes sont à craindre; l'agiotage peut substituer des fictions aux réalités du crédit; et dès lors un haut intérêt de police publique exige que l'autorisation du gouvernement, précédée d'un contrôle protecteur, supplée à l'absence de cette responsabilité personnelle que l'on retrouve dans toutes les autres espèces de sociétés, et dont la société anonyme est seule dispensée. Sans l'autorisation, donc, la société anonyme ne serait qu'un piége audacieux tendu aux capitalistes et au public (5).

460. Et notez bien qu'il ne suffit pas d'une autorisation qui serait donnée avant la constitution de la société, d'une autorisation à futur; il faut encore que les statuts qui organisent la société aient reçu l'appro-

---

(1) **Add.** Op. conf. de Malepeyre et Jourdain, n° 336.

(2) *Infrà*, n° 831.

(3) **Add.** Cette proposition avait été ainsi développée par Malepeyre et Jourdain, n° 339: « Il ne peut jamais être distribué aux actionnaires, à quelque titre que ce soit, aucune portion du capital social avant la dissolution. Ainsi aucun dividende ne peut être distribué aux actionnaires, à une époque où la balance des profits et pertes ne présente aucun bénéfice, parce qu'alors ce dividende serait évidemment pris sur le capital, et le diminuerait d'autant. Si donc, dans ce cas, ou à plus forte raison à une époque où la balance présentait des pertes, des dividendes avaient été distribués, il est évident que les actionnaires, en les recevant, auraient en réalité repris une portion de leur capital, et seraient, par ce seul fait, constitués débiteurs de la société du montant des sommes qu'ils auraient ainsi reçues, et que l'on aurait le droit ou de retenir ces sommes sur les bénéfices qui pourraient être faits par la suite, ou de les obliger à les rapporter. Ce ne serait pas là faire un appel de fonds, mais un rappel de sommes indûment reçues. Si, avant la dissolution de la société, on n'avait ni prélevé sur les bénéfices postérieurs, ni fait rapporter par chaque actionnaire les sommes ainsi distribuées, les créanciers de la société pourraient, après la dissolution de la société, demander le rapport de ces sommes, et poursuivre personnellement les actionnaires qui les auraient reçues, pour les contraindre à opérer ce rapport, parce qu'ils ont toujours une action contre les associés qui n'ont pas fourni et laissé leur mise entière. »

Championnière et Rigaud disent, n° 2750: « Tant que dure l'association, l'associé n'a qu'un droit aux bénéfices. »

Jurisprudence. — Les actionnaires d'une société anonyme ne sont pas fondés à demander le payement des intérêts, lorsque la société n'a pas réalisé de bénéfices; encore bien que d'après les statuts il aurait été promis un intérêt de 4 ou de 5 pour cent aux actionnaires (20 février 1841, Bruxelles; J. de B., 1841, 2, 392).

(4) Persil est de cet avis, quoique, en matière de commandite, son opinion soit contraire; sur l'art. 35, n° 2.

Add. Pardessus dit, n° 1043: « Dans les sociétés anonymes, les associés ne sont passibles des pertes que jusqu'à concurrence du montant de leur mise; et la présomption est toujours, que cette mise a été versée. Il n'y a lieu à aucune distinction, soit sous le rapport des bénéfices perçus, soit sous celui de la gestion; parce que c'est ici une association de capitaux, et que par cette raison le capital seul doit répondre. »

(5) En Angleterre, les sociétés anonymes ne peuvent être constituées que par un bill du parlement (Adam Smith, t. IV, p. 102, trad. de Garnier). Cette intervention a paru nécessaire à cause des différences qui existent entre la société anonyme, connue sous le nom de *société de fonds*, et les sociétés ordinaires de commerce. Écoutons Adam Smith, dont les paroles sont précieuses à recueillir:

« Dans une société ordinaire, aucun associé ne peut, sans le consentement de la société, transporter sa part d'associé à une autre personne, ou introduire un nouveau membre dans la société. Cependant chaque membre peut, après un avertissement préalable, se retirer de l'association et demander le payement de sa portion dans le fonds commun. Dans une compagnie en société de fonds, au contraire, aucun membre ne peut demander à la compagnie le payement de sa part; mais chacun peut, sans le consentement de la compagnie, céder sa part d'associé, et par là introduire dans la société un nouveau membre. La valeur d'une part ou *action* dans une société de fonds est toujours le prix qu'on en trouvera sur la place, et ce prix peut être sans nulle proportion, au-dessus ou au-dessous de la somme pour laquelle le propriétaire est crédité dans les fonds de la compagnie.

« Secondement, dans une société particulière, chaque associé est obligé aux dettes de la société pour toute l'étendue de sa fortune. Dans une compagnie en société de fonds, au contraire, chaque associé n'est obligé que jusqu'à la concurrence de sa part d'associé.

« Le commerce d'une compagnie de fonds est toujours conduit par un corps de directeurs; à la vérité, ce corps est souvent soumis au contrôle de l'assemblée générale des propriétaires. Mais, poursuit Adam Smith, la majeure partie de ces propriétaires ont rarement la prétention de rien entendre aux affaires de la compagnie: mais, bien plutôt, quand l'esprit de faction en vient à régner entre eux, tout ce qu'ils veulent, c'est de ne se donner aucun souci et de toucher seulement leurs dividendes tels que le directeur juge à propos de les leur donner, et dont ils se montrent toujours contents. L'avantage de se trouver absolument délivré de tout embarras et de tout risque au delà d'une somme limitée encourage beaucoup de gens à prendre part au jeu des compagnies de fonds. Aussi ces sortes de compagnies attirent-elles à elles des capitaux beaucoup plus considérables qu'aucune société particulière de commerce ne peut se flatter d'en réunir. »

Add. En Belgique une controverse assez vive s'est élevée sur l'interprétation qu'il fallait donner à l'arrêté du gouvernement provisoire, en date du 16 octobre 1830; en voici le texte:

« Considérant que les entraves mises à la liberté d'association sont des infractions aux droits sacrés de la liberté individuelle et politique,

Arrête:

Art. 1er. Il est permis aux citoyens de s'associer, comme ils l'entendent, dans un but politique, religieux, philosophique, littéraire, industriel ou *commercial*.

Art. 2. La loi ne pourra atteindre que les actes coupables de

bation du gouvernement, par le moyen d'une ordonnance royale.

460 2° (1).

461. Ici nous serons forcé d'entrer un instant dans le domaine de l'administration, afin d'éclairer les parties sur les difficultés qu'elles doivent aplanir et les conditions qu'il est de leur devoir de réaliser pour obtenir cette ordonnance.

462. D'après une instruction du 23 décembre 1807, donnée par Crétet, ministre de l'intérieur, et une autre instruction de Lainé, du 22 octobre 1817, les individus qui veulent former une société anonyme et obtenir l'autorisation du gouvernement doivent adresser au préfet de leur département, et, à Paris, au préfet de police, une pétition signée de ceux qui entendent former la société, ou de leurs délégués et fondés de pouvoir en vertu de l'acte de société.

La pétition doit contenir la désignation de l'affaire ou des affaires que la société veut entreprendre, le temps de sa durée, le domicile des pétitionnaires, le montant du capital que la société devra posséder, la manière dont ils entendent former ce capital, soit par souscriptions simples ou par actions, les délais dans lesquels le capital devra être réalisé, le domicile choisi où sera placée l'administration, le mode d'administration, et enfin l'acte ou les actes d'association passés entre les intéressés et déclarés irrévocables sous la seule condition de l'approbation du roi.

Si les souscripteurs de la soumission ne complètent pas par eux seuls la somme du capital, et s'ils déclarent avoir l'intention de la compléter lorsque seulement ils auront reçu l'approbation du gouvernement, ils devront dans ce cas composer au moins le quart du capital réel. L'ordonnance d'autorisation règle le délai dans lequel le surplus des souscriptions doit être effectué, avec clause expresse et de rigueur, que l'autorisation sera non avenue si cette condition n'est pas remplie en temps utile.

463. Ici, la jurisprudence du conseil d'État a ajouté aux instructions ministérielles quelques précautions marquées au coin de la sagesse.

Dans quelques sociétés, dont les opérations sont successives et progressives, il n'est pas toujours nécessaire de réaliser sur-le-champ l'entier capital social : ce serait grever les sociétés d'intérêts onéreux. On stipule donc que le capital social sera réalisé en divers payements échelonnés suivant les besoins présumés de l'affaire : les actionnaires donnent d'abord un à-compte, et ils fournissent leur promesse de répondre à tous les appels de fonds. Mais il est souvent arrivé que ces promesses ont été vaines. Pour remédier à cet inconvénient, le conseil d'État a exigé des souscripteurs un dépôt de valeurs publiques promptement réalisables (2).

464. D'après les instructions ministérielles, l'autorisation fixe un certain minimum au-dessous duquel le capital ne doit pas descendre (3). Ce minimum varie suivant la nature des opérations et suivant les chances de l'entreprise : il est réglé d'après les circonstances de l'affaire. Si la société éprouve des pertes qui diminuent son actif de manière à le mettre au-dessous de ce minimum, alors l'autorisation impose à la société l'obligation de se dissoudre. La sûreté des créanciers futurs n'est plus conciliable avec l'espérance de faire d'assez grands bénéfices pour réparer les pertes (4).

465. Pour prévenir cette crise, l'ordonnance d'autorisation exige que la société fasse, sur les bénéfices éventuels, une réserve destinée à prévenir toute décroissance du capital primitif. C'est, du reste, un moyen de donner aux actions une valeur plus constante. La réserve est proportionnée à la grandeur des bénéfices et des chances. Une compagnie d'assurance doit l'établir plus forte, qu'une société occupée d'une exploitation moins environnée d'imprévu.

On n'exige pas de réserve dans les sociétés d'assurances mutuelles, lesquelles ne font pas de bénéfices ; mais on tient strictement la main à ce qu'il y ait un minimum de valeurs engagées dans l'assurance, de telle sorte qu'au-dessous de ce minimum la société soit dissoute.

466. Quand le capital est entamé, tous les bénéfices doivent être employés d'abord à le rétablir ; l'ordonnance prescrit qu'ils soient mis en réserve sans

---

l'association ou des associés, et non le droit d'association lui-même.

Art. 3. Aucune mesure préventive ne pourra être prise contre le droit d'association.

Art. 4. *Les associations ne pourront prétendre à aucun privilége.*

Art. 5. Toute loi particulière et tout article *des codes civil, pénal* et *de commerce*, qui gênent la liberté de s'associer, sont abrogés.

« *Signé* : DE POTTER. — SYLVAIN VAN DE WEYER. — CH. ROGIER. — FÉLIX DE MÉRODE. — ALEX. GENDEBIEN. »

On a prétendu en Belgique que cette disposition législative a dispensé de l'obligation de se pourvoir d'un octroi royal pour la constitution des sociétés anonymes.

La question a d'abord été débattue dans le sein de la représentation nationale. MM. Gendebien et de Brouckere ont soutenu que la nécessité de l'octroi n'existait plus. La thèse inverse a été défendue par MM. Follon, Coghen, de Theux, ministre de l'intérieur, et Ernst, ministre de la justice (*Moniteur belge* du 22 janvier 1835).

De la tribune la discussion a bientôt passé dans l'arène judiciaire. Le 15 janvier 1836, la cour de Bruxelles a décidé qu'il n'y avait pas abrogation de l'article 37 du code de commerce (J. de B., 1837, 2, 11). La question a été résolue dans ce sens par M. Fernelmont, procureur général près la cour d'appel, dans son discours de rentrée, année 1840, *Arch. de droit et de législation*, t. III, p. 441. M. Lavallée a combattu cette opinion dans une brochure publiée en 1838. Une dissertation dans le même sens a été insérée dans les *Archives de droit*, t. I, p. 65.

Nous nous bornons à rappeler ces éléments de la controverse. La société anonyme est un privilége dans la loi. Si l'arrêté du gouvernement provisoire consacre la liberté d'association, on ne peut cependant réclamer le privilége au nom de la liberté.

(1) **Add.** *Quoique les tontines ne soient pas des sociétés, elles doivent cependant être approuvées par l'État.* — On a vu précédemment, n° 54, les différences qui existent entre la société et la tontine. Sur ce point on peut consulter aussi le rapport de M. d'Hauterive, fait en novembre 1808, au conseil d'État; il est dans MERLIN, *Répert.*, v° *Tontine*, n° 1. Mais d'après un avis du conseil d'État, du 25 mars 1809, approuvé le 1er avril suivant, les tontines doivent être autorisées par l'État (MERLIN, *ut suprà*, n° 2).

(2) VINCENS, *Des sociétés par actions*, p. 38, 39, et *Législ. comm.*, t. I, p. 332.

(3) *Ibid.*

(4) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN disent à ce sujet, n° 301 : « La décision du conseil d'État, sur laquelle est fondé ce point de jurisprudence administrative, nous paraît trop générale ; il nous semble qu'elle n'aurait pas dû être étendue aux compagnies financières, mais seulement aux compagnies industrielles. En effet, les compagnies financières peuvent toujours faire leurs opérations de finances, quelque diminution qu'éprouve leur capital, seulement elles sont obligées de restreindre leurs opérations proportionnellement à la diminution de leur capital. Ainsi nous pensons qu'il faudrait, pour ces sortes de sociétés, laisser aux parties la liberté d'introduire ou de ne pas introduire la clause de dissolution pour cause de réduction du capital au-dessous d'un minimum déterminé. »

qu'il soit permis de distribuer des dividendes jusqu'au rétablissement du fonds social originaire (1). Toutefois, d'après les premières instructions ministérielles, cette défense ne devait pas empêcher les actionnaires de retirer les intérêts simples de leurs fonds. Mais il paraît que la jurisprudence du conseil d'État a reconnu l'abus de cette pratique; elle a considéré que le fonds social étant l'unique garantie du public, il ne fallait pas permettre d'en retrancher quelque chose, sous prétexte de distributions d'intérêts (2).

466 2° (3).

467. L'ordonnance du roi n'admet jamais que, sous prétexte d'invention, de découverte, de fondation, les auteurs du projet s'attribuent un droit irrévocable à la gestion. Les gérants des sociétés anonymes doivent toujours être des mandataires révocables, et chaque associé doit avoir des droits égaux et proportionnés à sa mise (4).

L'ordonnance ne permet pas non plus que les fondateurs s'attribuent une propriété quelconque sur l'entreprise, ou qu'ils s'adjugent certains prélèvements sur les profits, autres que la rémunération des soins qu'ils peuvent donner à la société comme administrateurs élus.

Toutefois, quand la société est fondée sur l'exploitation d'un brevet ou d'un secret, elle peut en payer le prix à l'inventeur ou à l'artiste, en lui donnant un nombre d'actions industrielles proportionné à la valeur de ce brevet ou de ce secret (5). Suivant Vincens, ce n'est pas sans répugnance que l'on a donné un passe-port à ces sortes d'actions dont la fraude et l'agiotage ont tant abusé. Mais on a senti qu'il y avait des cas où elles étaient un prix légitime; et la jurisprudence administrative les admet, mais avec beaucoup de réserve et de précaution. Il serait à désirer que les actionnaires des sociétés en commandite se montrassent aussi difficiles pour acquiescer à ces attributions de bénéfices hors part, avec lesquelles on les a tant dupés.

468. Quand il y a des mises en nature, comme un immeuble, une usine, une mine, l'administration applique tous ses soins à vérifier si l'évaluation qui en est faite n'est pas exagérée; car une société qui annonce au public des millions pour garantie, et qui vient demander au gouvernement l'autorisation de vivre de sa confiance, doit tenir scrupuleusement ses promesses. Des expertises sont faites à la diligence des préfets (6) : mais de grandes difficultés se présentent pour arriver à l'exacte vérité. L'évaluation d'une mine est surtout quelque chose de fort arbitraire : les ingénieurs les plus habiles peuvent y être trompés (7).

469. Quelquefois des sociétés en commandite ont demandé à se convertir en sociétés anonymes; la jurisprudence du conseil est de n'y pas consentir facile-

---

(1) **Add.** « Jusque-là, disent MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 302, on ne peut répartir tout au plus qu'une portion des bénéfices, le reste devant être versé à la caisse de réserve. Toutes les fois que des pertes viendront entamer le capital, on prendra sur la réserve pour le réformer, et alors il faudra faire de nouvelles retenues sur les bénéfices, pour remettre la réserve au complet. On devra faire de cette dernière obligation, qui n'est qu'une conséquence de la première, l'objet d'une stipulation expresse, et l'autorité exige même qu'il soit convenu, pour ce cas, que la totalité des bénéfices sera employée à combler le déficit. Cette exigence est fondée sur ce principe, que tant qu'il y a une perte à réparer, il n'y a pas de bénéfices. »

(2) VINCENS, *Des sociétés par actions*, p. 40, et *Lég. comm.*, t. 1, p. 332. Voy. cependant *suprà*, n°s 191, 192.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 304 : « Pour payer des intérêts aux associés, lorsqu'il n'y a pas de bénéfices, il faut prendre sur le capital, ce qui est contraire aux principes de la société anonyme. Une stipulation d'intérêts ordinaires payables en tous cas, outre qu'elle a pour effet d'entamer le capital lorsqu'il n'y a pas de bénéfices, n'est propre qu'à favoriser l'agiotage de la part des capitalistes qui, trop souvent, ne mettent leurs capitaux dans les sociétés anonymes que pour faire des bénéfices sur la vente des actions qu'ils trouvent plus facilement à vendre avantageusement lorsqu'elles produisent un intérêt fixe, outre les chances de bénéfice. »

(3) **Add.** Quid *si l'autorisation n'exigeait pas cette stipulation ?* — MALEPEYRE et JOURDAIN répondent, n° 303 : « Il est certain qu'aujourd'hui l'autorisation serait refusée pour toute société anonyme commerciale dont le contrat ne contiendrait pas cette clause, ou qu'elle ne serait accordée qu'à la condition de former une réserve, et de la tenir toujours au complet. Mais si on avait autorisé, ou si, à l'avenir, on autorisait une société anonyme sans cette stipulation, pourrait-on, lorsque le capital aurait été entamé par une perte réalisée, faire des distributions de bénéfices résultant de quelques opérations, avant que la diminution du capital fût réparée? Nous ne le pensons pas, car c'est un principe incontestable, en matière de société anonyme, que les associés ne doivent que leur capital, mais le doivent tout entier : or, lorsque le capital est entamé par une ou plusieurs opérations malheureuses, on ne peut pas dire qu'il y ait des bénéfices, jusqu'à ce que ce capital soit remis au complet, lors même qu'en réalité il y aurait eu des bénéfices sur quelques opérations de la société, parce que les bénéfices ne peuvent s'établir que par la balance des pertes et profits : donc, en prenant les bénéfices de quelques opérations dans le moment où d'autres ont entraîné des pertes, c'est prendre en réalité, non des bénéfices, mais une portion du capital, et par conséquent contrevenir aux obligations imposées aux associés, et s'exposer à être obligé de rendre, par la suite, les dividendes indûment perçus. Il en serait de même si le capital était intact, mais sans qu'il y eût de bénéfices; car alors, pour faire une distribution de dividendes, il faudrait encore prendre sur le capital. »

(4) *Junge* VINCENS, *loc. cit.*, p. 41.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 363.

(5) *Suprà*, n° 133, définition des actions industrielles.

(6) VINCENS, *loc. cit.*, p. 47.

(7) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN disent ici, n° 197 : « Il est un moyen d'éviter une partie des dangers que d'autres modes font courir aux actionnaires : il consiste à laisser aux concessionnaires, sur la concession, leur droit de propriété, que l'on ferait représenter par un nombre d'actions proportionnel à la valeur donnée à cette concession et vérifiée, et à n'admettre ces actions que comme actions de jouissance, donnant droit seulement au partage des bénéfices pendant la durée de la société, et nullement au partage du capital. Alors, si la concession devient avantageuse, les propriétaires en profiteront; si, au contraire, elle devient désavantageuse, les actionnaires ne supporteront pas seuls toute la perte, et n'auront point à regretter la perte d'un capital qu'ils auraient autrement employé à acquérir cette concession.

« On devra mettre le plus grand soin à fournir dans la pétition, et à son appui, tous les documents exigés; car s'il en manquait un seul, elle serait renvoyée aux pétitionnaires. »

Ces auteurs avaient signalé les inconvénients d'un autre mode de procéder : « L'autorité administrative devra-t-elle certifier, en quelque sorte, par son approbation, la valeur exprimée par les fondateurs, ou la fixer elle-même, si elle trouve exorbitante celle qui est déterminée par l'acte? Ou vaudra-t-il mieux que l'autorité prescrive de ne porter cette valeur que pour mémoire dans l'acte de société, et de laisser aux actionnaires, à mesure qu'ils se présenteront pour soumissionner des actions, à débattre le prix de la concession avec les fondateurs, et à payer, outre le capital de leur action, une quotité proportionnelle dans le prix arrêté entre eux pour la concession? Ce dernier mode de faire entrer la concession dans la société nous paraît défectueux, en ce qu'il éloignera nécessairement toutes les personnes étrangères aux connaissances nécessaires à l'exploitation des mines, par l'impossibilité où elles seront de juger de la valeur de la concession, ou bien les exposera à être trompées. »

ment : elle craint, avec raison, que ce ne soit un moyen de diminuer la responsabilité d'un établissement en déclin, de faire peser sur la nouvelle société les dettes de l'ancienne et de tromper les actionnaires derniers venus (1). Le conseil d'État exige donc qu'il y ait liquidation de l'ancienne société, afin que la nouvelle commence ses opérations sous la seule responsabilité des actes qui lui sont propres (2). Il veut qu'une société anonyme, dont toute la responsabilité consiste dans la mise, soit nécessairement une société nouvelle, indépendante de toute gestion antérieure ; que le capital y soit net, certain, effectif.

J'ai vu un exemple de cette jurisprudence dans l'affaire des mines du Creuzot : un premier projet de société anonyme ne déterminait pas d'une manière fixe l'apport social, attendu que cet apport devait se former du reliquat actif de la liquidation à faire d'une précédente société en commandite. Le gouvernement repoussa ce projet ; il n'admit le second que parce qu'il composait l'apport, de valeurs certaines mises en dehors de la liquidation (3).

470. Avant de concéder son autorisation, l'administration s'enquiert de la moralité de l'entreprise, de son utilité, des garanties personnelles des associés, de leur solvabilité, de leur aptitude, etc. ; son contrôle est souvent minutieux, toujours sévère. Il ne faut pas s'en plaindre : l'autorisation n'est efficace qu'à ce prix. Sans de sérieuses investigations, les faiseurs de projets auraient trop beau jeu, et l'autorisation royale ne serait qu'une page de plus à ajouter à leurs prospectus menteurs.

Je sais que l'instruction administrative de ces sortes d'affaires se fait avec une lenteur qu'on a souvent accusée ; mais la prudence de ceux qui exercent une tutelle ne saurait marcher aussi vite que l'imagination des spéculateurs qui croient que la fortune les attend. Un premier degré d'instruction se fait dans le ministère par l'intermédiaire du préfet ; l'affaire passe de là au conseil d'État, où elle subit un second degré d'instruction dans le sein du comité de l'intérieur : ce n'est que sur le rapport de ce comité que le conseil d'État prend sa détermination et donne l'avis d'autoriser ou de refuser (4).

471. Souvent le gouvernement impose à la société qu'il autorise un commissaire du roi payé par elle et chargé de signaler à l'autorité supérieure les infractions aux statuts sociaux (5). Cet agent n'est pas toujours vu avec faveur ; ses services sont souvent très-contestables, et plus d'une société en a éprouvé de l'embarras (6).

Lors de la rédaction du code de commerce, on avait proposé de soumettre les sociétés anonymes à une surveillance publique. A côté de ceux qui pensaient que cette tutelle serait plus dangereuse qu'utile, et qu'il fallait laisser à l'industrie la liberté de ses mouvements, il s'éleva une opinion tirée d'un autre ordre d'idées ; on prétendit que réserver par un texte exprès ce droit de surveillance serait en quelque sorte mettre en doute le droit plus éminent et plus redoutable d'interdire toute société anonyme aussitôt qu'elle serait jugée nuisible. La proposition n'eut pas de suite.

Sous le régime constitutionnel, qui a pris naissance en 1814, le gouvernement a senti que son droit était plus limité ; les armes de l'arbitraire sont tombées de ses mains, et il a conçu des doutes légitimes sur cette puissance de suppression que l'ancien conseil d'État avait érigée en maxime. Il a donc fallu revenir au système de surveillance. De là les commissaires du roi imposés par l'ordonnance de constitution à certaines sociétés qui intéressent plus spécialement le public, comme les sociétés d'assurances mutuelles, etc. ; de là l'obligation prescrite à toutes les sociétés anonymes d'adresser tous les ans aux préfets l'état de leur situation ; de là encore l'insertion, dans les ordonnances d'autorisation, d'une clause portant

---

(1) VINCENS, *loc. cit.*, p. 51.

(2) Voyez une espèce, cassat. req., 1er avril 1835 (DALLOZ, XXXIV, 1, 191 ; SIREY, XXXIV, 1, 794).

(3) **Add.** *Jurisprudence.* — La société anonyme, après avoir été autorisée, a capacité pour contracter une obligation que le gouvernement avait rejetée du projet des statuts soumis à son approbation, si les motifs de ce rejet n'existent plus, et qu'il n'y ait pas de clause prohibitive dans les statuts approuvés (code de commerce, art. 31, 37).

Spécialement, une société anonyme peut valablement se charger, par un traité à forfait et à ses risques et périls, du passif de la liquidation d'une société antérieure relative à la même exploitation, moyennant l'abandon de l'actif, encore bien que le gouvernement n'aurait autorisé la société anonyme qu'après la suppression, dans les statuts qui lui étaient soumis, d'une clause ayant le même but que le traité à forfait, s'il est reconnu que les motifs d'opposition du gouvernement n'existaient plus à l'époque de cette convention, en ce qu'alors il n'y avait presque plus rien d'aléatoire et d'incertain, tandis qu'auparavant le passif et l'actif de la société en liquidation n'étaient nullement fixés (9 mars 1841. Req. Paris, Société des mines du Creuzot. DALLOZ, XLI, 1, 154).

— Le traité à forfait par lequel une société anonyme se charge, à ses risques et périls, de la liquidation d'une société antérieure, est suffisamment autorisé par l'article des statuts qui donne à l'assemblée générale des actionnaires le droit de statuer sur les cas imprévus.

Ce traité n'est pas illicite, comme contraire à la nature des sociétés anonymes (code civil, art. 1181). Même arrêt.

— Dans le cas où une société anonyme a succédé à une société en commandite en liquidation, dont tous les anciens membres sont devenus actionnaires, on ne peut prétendre qu'une convention synallagmatique est impossible entre la société nouvelle et les intéressés dans l'ancienne, sous le prétexte que ceux-ci ne sauraient stipuler deux intérêts opposés, et qu'ils forment la majorité dans l'assemblée des actionnaires (code civil, art. 1101, 1108). Même arrêt.

(4) **Add.** HORSON pense que cette longueur de la procédure administrative ramène au mode tout à la fois embarrassant et plus dangereux, de la commandite (t. I, p. 63).

(5) VINCENS, *Législ. comm.*, t. I, p. 332, n° 9.

(6) VINCENS, *Des sociétés par actions*, p. 54.

Add. « Ces commissaires, disent MALEPEYRE et JOURDAIN, n°s 388 et 389, sont nommés par le ministre du commerce : ils doivent le prévenir de toutes les infractions, soit aux statuts, soit à la loi, qui pourraient être commises soit par les administrateurs, soit par les assemblées générales, dès que ces infractions leur sont connues. Ces commissaires sont payés par la société ; c'est une charge que le gouvernement a droit d'imposer comme condition de l'ordonnance d'autorisation, quand il le juge nécessaire pour assurer l'exécution des statuts.

« L'autorité administrative paraît avoir renoncé depuis quelque temps à nommer des commissaires près des sociétés anonymes, parce qu'on a prétendu que par cette nomination le gouvernement se rendait garant des opérations de la société envers les tiers. Cette prétention ne doit pas paralyser l'emploi d'une mesure aussi utile à l'égard des sociétés d'une grande importance, car elle est évidemment erronée. En effet, la nomination d'un commissaire chargé de surveiller les opérations d'une société, dans le seul but d'empêcher la violation des statuts et des conditions de l'ordonnance d'autorisation, n'est qu'une conséquence du droit d'autoriser, et ne peut pas plus engager la responsabilité de l'autorité que ne peut le faire la signature de l'ordonnance d'autorisation elle-même. »

que cette autorisation pourra être retirée pour inexécution ou violation des statuts (1). Les exemples de ces retraits sont rares; le gouvernement doit en être fort sobre; car une dissolution imprévue est de nature à porter une grande perturbation dans les intérêts des tiers (2); du reste, ceux-ci conservent toujours leurs droits pour poursuivre devant les tribunaux la réparation du préjudice, qui leur est causé par l'inexécution des conventions ou la violation des statuts (3).

471 2° (4).

472. Au surplus, toutes les précautions tutélaires n'ont pas toujours empêché beaucoup de sociétés anonymes de mal tourner; le public, trompé, s'en est pris au gouvernement. Mais il ne devrait s'en prendre qu'à lui-même; il a dû savoir que le gouvernement ne garantit rien de positif; qu'il n'assure aucun résultat pécuniaire exempt d'*alea*; qu'il ne s'est engagé qu'à vérifier certaines conditions de moralité, de sincérité commerciale, de prudence dans les affaires, et que l'accomplissement de ce devoir administratif ne dispense pas les actionnaires ou les tiers du contrôle clairvoyant de l'intérêt privé; que le sort de l'industrie est livré à des chances qu'aucune puissance ne pourrait maîtriser. C'est donc aux tiers à mesurer la confiance qu'ils doivent prêter aux sociétés anonymes, d'après les bases contrôlées par l'administration et rendues publiques.

473. Et dès lors nous sommes bien éloigné d'admettre l'opinion de quelques écrivains qui ont soutenu que l'autorisation n'était donnée qu'à la condition que la faillite serait impossible, et que, cette condition n'étant pas remplie, la société doit devenir solidaire et rentrer dans le droit commun dont elle n'avait été dispensée qu'à une condition à laquelle elle n'a pas satisfait (5). Vincens (6) a parfaitement démontré l'erreur de cette prétention. La loi n'a pu se croire assez puissante pour rendre infaillible un établissement industriel : aussi a-t-elle prévu qu'il pourrait y avoir des pertes (7), et il ne lui a pas paru que la seule existence de ces pertes fût suffisante pour transformer en société solidaire une société qui a voulu être anonyme. Au contraire, c'est précisément en vue de ces pertes possibles, sinon probables, que la constitution anonyme a été donnée à ces sociétés.

474. L'autorisation royale n'enlève pas aux tribunaux le droit d'interpréter les statuts quand des difficultés se présentent entre la société et les tiers. Les statuts, quoique approuvés par une ordonnance, ne deviennent pas pour cela matière administrative; ce sont des conventions du droit civil, dont la base est dans la volonté des parties, et dont les clauses douteuses doivent être soumises aux juges ordinaires (8). A la vérité, un mot d'un arrêt de la cour de cassation, du premier avril 1834, semble indiquer qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'interpréter l'ordonnance royale (9). Mais il faut remarquer que précisément la cour royale, dont l'arrêt fut confirmé par la cour de cassation, avait interprété une clause ambiguë de l'autorisation, et que la cour suprême s'attacha à cette interprétation comme à une souveraine déclaration.

Par une raison analogue, on ne serait pas fondé à penser que l'autorisation royale insérée au Bulletin des lois donne aux statuts la force de loi, en ce sens que les interprétations vicieuses de volonté pourraient être revisées par la cour de cassation (10).

475. Presque toujours l'obtention de l'autorisation royale nécessite, de la part de la compagnie qui se forme, des travaux de recherches et d'essais; souvent aussi il faut former une administration provisoire pour réunir des actionnaires, dresser des écritures, et discuter avec l'autorité les droits de la compagnie. Cet état de choses donne naissance à une société de fait (11), dont les rapports doivent être examinés sous deux aspects : 1° d'associé à associé; 2° d'associé à tiers.

476. Entre associés, il faut distinguer si le défaut d'autorisation n'a pas été connu, ou bien si on en a eu pleine ou suffisante connaissance.

Dans le premier cas, les associés, dont la foi a été surprise par une croyance à une autorisation mensongère, ont droit de retirer leur apport ou de réclamer la restitution des sommes versées (12).

Dans le second cas, le pacte social volontairement reconnu, quoique non encore approuvé, doit cependant servir de règle aux rapports mutuels; les qualités qu'il donne ne doivent pas être transformées en qualités aggravantes prises dans un autre ordre d'association. Ainsi, si un actionnaire verse sa mise entre les mains du directeur chargé de la partie financière, il n'a pas d'action contre les autres directeurs associés à qui est confié un autre département (13); il ne peut agir contre le directeur qui a reçu ses fonds, que comme on agit contre un mandataire, et dans le cas où l'inexécution du mandat est le principe d'une responsabilité (14).

476 2° (15).

477. Les frais faits pour la gestion provisoire des

(1) Circul. et réponses de LAINÉ, du 22 octobre 1817.

(2) VINCENS, page 57, a fait là-dessus de judicieuses observations.

(3) Paris, 6 février 1833 (SIREY, XXXIII, 2, 135; DALLOZ, XXXIII, 2, 177).

(4) **Add.** *Règle que s'impose l'administration, en matière d'assurances et autres entreprises analogues.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent ici, n° 307 : « L'autorité administrative s'est également imposé quelques règles relativement à l'autorisation de quelques espèces particulières de sociétés anonymes. Ainsi l'autorisation serait refusée à une société d'assurances qui entreprendrait d'assurer des risques différents dont les chances n'ont rien de commun entre elles. L'on n'autoriserait les sociétés dont les spéculations portent sur des événements incertains, comme les sociétés d'assurances maritimes, qu'autant que les statuts fixeraient, pour chaque assurance, un maximum combiné en raison du capital social, et de la nature et de l'étendue du risque. L'on refuserait également l'autorisation et l'approbation des statuts pour une société d'assurances sur la vie des hommes, qui permettrait d'assurer sur la vie d'un tiers, sans son consentement. Ces limitations se justifient d'elles-mêmes, sans qu'il soit nécessaire de s'appesantir sur les motifs qui les ont fait introduire. »

(5) SIREY, dissert. XVII, 2, 213.

(6) *Législ. comm.*, t. I, p. 340.

(7) Art. 33 du code de commerce.

(8) CHAUVEAU, *Compétence et juridict. administ.*, tome I, n° 691, § 3.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN ont émis la même opinion, n° 299.

(9) DALLOZ, XXXIV, 1, 191; SIREY, XXXIV, 1, 794.

(10) Cassat., 15 février 1826 (DALLOZ, XXVI, 1, 139).

(11) *Suprà*, nos 153 et 169.

(12) Cassat., req., 9 juin 1841 (SIREY, XLI, 1, 579).

Add. DALLOZ, XLI, 1, 280.

(13) Cassat., 21 juin 1826 (DALLOZ, XXVI, 1, 246).

(14) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 279.

(15) **Add.** Quid *entre les associés et les administrateurs?* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, nos 277, 278, 279 : « 1° Les actionnaires ont choisi les administrateurs qui ont conduit les opérations, et les ont autorisés à les commencer avant que la société eût été régularisée, et, dans ce cas, nous leur refusons tout recours contre eux, puisque ces derniers n'ont fait qu'exécuter le

intérêts qu'on veut fonder ne sont mis à la charge des actionnaires, qu'autant qu'ils ne font pas partie de l'apport social de quelques-uns des associés, ou qu'il ne résulte pas des circonstances qu'ils sont une charge du directeur ou de l'inventeur, lequel en obtient la juste et souvent très-large indemnité par les émoluments qu'il retire de la société. Les faits sont décisifs en cette matière. Dans une espèce jugée par la cour de cassation, il était établi que les travaux préparatoires avaient été vendus aux actionnaires par les associés qui en avaient fait la dépense; d'où la conséquence que les actionnaires en avaient payé le prix en versant le montant de leurs actions, et qu'exiger un supplément pour couvrir ces dépenses, c'était en faire payer deux fois la valeur à la société (1). D'un autre côté, il est arrivé quelquefois que des directeurs ont voulu mettre à la charge de la société anonyme, qu'ils ont établie, les frais de fondation; cette prétention n'est pas toujours bien fondée. Le directeur a créé, sans aucun doute, la chose sur laquelle la société vient s'élever; mais n'a-t-il pas pour équivalent, des fonctions rétribuées avec opulence, et qui peuvent le conduire à la fortune? Est-il juste qu'il fasse payer des travaux préliminaires, dont il recueille le fruit, à la société, sans laquelle ils eussent été perdus?

478. A l'égard des tiers, la position est aussi singulièrement influencée par les circonstances. Tout ce qu'on peut dire, en principe, c'est que tous ceux des associés qui ont pris part à l'engagement directement ou par suite d'une délégation, en sont tenus à l'égard des tiers (2). On rentre alors dans le droit commun. Quant aux associés, dont le nom est resté inconnu et qui n'ont pris aucune part directe ou indirecte à la gestion provisoire, je ne conçois pas que Malepeyre et Jourdain veuillent en faire, de droit, des commanditaires (3); il est plus exact de dire que, régulièrement et en général, l'action des tiers ne peut les atteindre. Au reste, il faut recourir aux règles et aux distinctions que nous avons données *infra*, numéros 771 et suiv.

479. Tant que l'ordonnance n'est pas rendue, les droits des actionnaires sont éventuels; mais rien n'empêche de les vendre, comme une espérance. Si l'autorisation est refusée, les juges examineront les circonstances pour décider, s'il a été dans l'intention des parties de subordonner la vente à une condition résolutoire dans le cas en question, ou bien si elles ont voulu faire un forfait dont l'acheteur dût prendre les chances bonnes et mauvaises (4).

§ IV. — De l'association en participation.

480. Outre les trois sociétés commerciales dont on vient de voir l'analyse, le code de commerce reconnaît des associations en participation. Le négoce y trouve un puissant et fréquent moyen d'action; il y a peu d'opérations maritimes auxquelles la participation ne se trouve mêlée (5). Mal connue, en général, dans la pratique des tribunaux ordinaires, imparfaitement caractérisée par la plupart des auteurs (6), elle attirera notre attention spéciale. Nous tâcherons d'en rendre les principes plus sensibles et plus familiers.

481. La société en participation portait autrefois le nom de société anonyme; elle s'appelait ainsi, parce qu'elle est sans nom et qu'elle n'est connue de personne, *comme n'important en façon quelconque ou public* (7).

Voici la description qu'en donne un auteur que son expérience dans les matières de commerce avait fait appeler dans les conseils qui préparèrent la célèbre ordonnance de 1673 :

« Tout ce qui se fait en la négociation, dit Savary (8), tant en l'achat qu'en la vente des marchandises, ne regarde que les associés, *chacun en droit soi;* de sorte que celui des associés qui achète *est celui qui s'oblige et qui paye au vendeur;* celui qui vend reçoit de l'acheteur. *Ils ne s'obligent point tous deux ensemble envers une tierce personne; il n'y a que celui qui agit, qui est le seul obligé.* Ils le sont seulement réciproquement *l'un envers l'autre*, en ce qui regarde cette société. Il y en a qui sont verbales, d'autres par écrit, et la plupart se font par lettres missives, que les marchands s'écrivent respectivement l'un à l'autre, etc. »

Telle est aussi l'idée que Rogues nous donne de la participation : « Cette société ne se fait *sous aucun nom;* chacun travaille de son côté, *sous son nom particulier*. Ils se rendent réciproquement compte des profits ou pertes qu'ils partagent (9). »

Mais pour mieux nous initier à la nature de cette association, mettons-la en action au milieu des combinaisons qui lui sont propres.

482. *Première combinaison.*

Un navire arrive d'Amérique à Bordeaux, chargé de marchandises. Un négociant de ce port envoie à son

---

mandat qui leur avait été confié, et nous pensons que tous les actionnaires doivent supporter cette responsabilité en raison directe du nombre de leurs actions.

« 2° Ou les actionnaires avaient versé leur mise avant que les opérations eussent été entamées; elles ont été commencées sans approbation formelle de leur part, mais à leur vu et su, et sans qu'ils y aient formé opposition.

« 3° Ou bien les actionnaires n'ont versé leur mise qu'après que les opérations avaient été commencées.

« Dans ces deux derniers cas, nous leur refusons encore tout recours contre les administrateurs; car, soit en les laissant sciemment agir, soit en versant leurs mises, lorsqu'ils n'ignoraient pas que les mandataires choisis par la société avaient commencé à opérer avant que les formalités prescrites par la loi eussent été accomplies, ils ont approuvé tacitement et le choix des mandataires, et les opérations auxquelles ils se sont livrés.

« 4° Ou bien, enfin, les actionnaires avaient versé le montant de leurs actions en tout ou en partie, avant que les opérations eussent été entamées; ils ont ignoré qu'elles eussent été commencées prématurément, ou même ils ont protesté. Dans cette dernière hypothèse, nous n'hésitons pas à leur donner un recours en garantie contre les administrateurs, qui ont évidemment violé leur mandat, et qui doivent être responsables, vis-à-vis des actionnaires, du préjudice qui peut en résulter. »

(1) Cassat., req., 1er avril 1834 (DALLOZ, XXXIV, 1, 191; SIREY, XXXIV, 1, 794).

(2) MALEPEYRE et JOURDAIN, nos 437 et 279.

Add. Ils disent no 437 : « Les administrateurs et tous ceux qui ont participé, directement ou par délégation, à l'administration des affaires communes, doivent être assimilés à des associés en nom collectif, tandis que les actionnaires qui auraient seulement versé leurs fonds, sans s'immiscer en aucune manière aux actes de l'administration, conserveraient le caractère de simples bailleurs de fonds ou commanditaires. »

(3) *Loc. cit.*, et no 280.

(4) En ce dernier sens, arrêt de Lyon du 12 juin 1827 (*Répert. de droit comm.* de PATORNI, tome I, p. 118); MALEPEYRE et JOURDAIN, no 281.

(5) Voy., par exemple, ÉMERIGON, *Traité des Contrats à la grosse*, ch. XII, sect. VIII, t. II, p. 591.

(6) *Infrà*, nos 496, 497, 780, 781.

(7) SAVARY, t. I, p. 368; *junge* POTHIER, no 61.

(8) *Loc. cit.*

(9) T. II, p. 237.

correspondant de Bayonne le détail de la cargaison et lui propose d'acheter avec lui une partie de café, qui, suivant toutes les apparences de la place, pourra être revendue avec de grands avantages, le priant de lui faire connaître, en cas d'affirmative, pour quelle part il désire entrer dans cette spéculation. Le négociant de Bayonne répond qu'il accepte l'affaire pour un tiers, et qu'il entrera dans cette proportion dans les profits et pertes. Là-dessus, le négociant de Bordeaux achète la marchandise en son nom, et par là se forme une association en participation, que l'on appelle aussi *compte en participation*, parce qu'elle se résout en un compte entre les deux négociants (1).

483. Dans cette position, il est clair que le négociant bordelais, qui aura acheté du maître du navire la partie de café, sera seul obligé envers lui; le négociant de Bayonne, au contraire, n'aura contracté aucune obligation; et si le Bordelais vient à faire faillite, le vendeur n'aura pas de recours contre son participant (2). Je reviendrai plus bas (nº 494) sur cette importante proposition.

Réciproquement, en cas de faillite du négociant de Bordeaux, le correspondant de Bayonne ne pourra disputer à ses créanciers personnels la marchandise achetée en participation. Il n'aura pas plus de droits que les autres et viendra avec eux au marc le franc (3).

484. Et comme une telle association n'intéresse pas le public (4) et qu'elle ne forme de lien qu'entre les deux associés, elle n'a pas besoin d'être enregistrée (5).

485. *Deuxième combinaison.*

Je me suis rendu adjudicataire de la ferme de l'octroi d'une grande ville; mais, pour me procurer les ressources dont j'ai besoin, j'admets plusieurs capitalistes à participer avec moi aux profits et pertes, moyennant qu'ils me fournissent des fonds jusqu'à une certaine somme convenue. Du reste, cette participation doit demeurer inconnue; je suis seul obligé comme fermier de la ville; tous les actes se font en mon nom.

Une telle société est appelée participation par les auteurs (6), et ce n'est pas autre chose.

486. *Troisième combinaison* à peu près semblable à la précédente.

J'ai un intérêt au corps et cargaison d'un navire; je vous en cède une partie moyennant 6,000 fr. que vous me payez. L'expédition se fait, d'ailleurs, en mon nom; seulement, je m'oblige à vous faire part du produit net de l'opération, après avoir prélevé toutes dépenses et dettes. Ces sortes d'associations, très-fréquentes dans nos ports, sont des associations en participation; Émerigon leur donne ce nom (7).

487. *Quatrième combinaison.*

Deux marchands vont ensemble à une foire, et pour ne pas se nuire par une concurrence qui les ferait peut-être suracheter, ils conviennent de faire tous leurs achats en commun pour les partager ensuite. De fait, chacun d'eux achète séparément ce qu'il trouve d'avantageux; puis, tout est rapporté en une masse, et l'on fait les lots suivant la convention.

Cette manière d'acheter en commun est usuelle parmi les revendeurs de meubles qui se rencontrent fortuitement aux encans (8). Elle constitue une société en participation, que l'on a coutume d'appeler *momentanée*, parce qu'elle ne dure que le temps nécessaire pour l'achat et pour la vente (9); elle se contracte verbalement, car elle est trop imprévue et trop rapide pour que l'écriture y trouve place (10).

488. *Cinquième combinaison.*

On trouve enfin la simple participation dans l'espèce suivante. Deux ou trois marchands, voyant que le blé est cher en France et bon marché à Odessa, conviennent que Pierre, l'un d'eux, ira dans cette ville pour faire un achat considérable de tant de sacs de froment, et pour envoyer ensuite ces grains dans le port de Marseille à Joseph, autre participant, chargé d'en faire la revente. Du reste, comme il ne s'agit que d'une seule affaire déterminée, ces marchands ne prennent pas de raison sociale. Un seul achète ce qui est convenu; un autre revend seul, et rend compte à ses associés, anonymes pour le public (11). Ces derniers ne sont pas engagés envers les vendeurs des froments; ils n'ont pas agi collectivement. Celui-là seul qui a paru a contracté des obligations; les tiers ne connaissent pas les autres et ne peuvent de leur chef les rechercher.

489. Telles sont les combinaisons dans lesquelles se rencontre ordinairement la participation. L'ordon-

---

(1) **Add.** Op. conf. de Malepeyre et Jourdain, nº 408.

(2) Pothier, nº 61; Rogues, t. II, p. 238; Savary, t. I, p. 368 et 369.

(3) Savary, p. 369.

(4) *Ibid.*

(5) *Ibid.*; Rogues, t. II, p. 239.

Add. Op. conf. de Pardessus, nº 1046.

(6) Deluca, *de credito*, disc. 87, 88; *de regalib.*, disc. 91; *infrà*, nos 783 et 790.

Add. « L'importance de l'affaire, disent Malepeyre et Jourdain, nº 413, n'empêche pas qu'il n'y ait société en participation. »

(7) *Du contrat à la grosse*, ch. XII, sect. VIII.

(8) C'était déjà l'usage du temps de Pothier, nº 61.

(9) Rogues, t. II, p. 238; Pothier, nº 61.

(10) Pothier, nº 61; Savary, p. 370.

Add. Telle n'est pas l'opinion de Malepeyre et Jourdain. Ils disent, nº 414 : « Remarquez d'ailleurs que pour qu'il y ait compte en participation il ne suffit pas que plusieurs négociants aient acheté quelque chose en commun, il faut encore qu'ils la revendent à risques communs; s'ils partageaient en nature les objets achetés, il y aurait eu indivision, copropriété, qui auraient cessé par le partage des objets en nature, mais non pas association; car il faut de toute nécessité une communauté de profits et de pertes pour qu'il y ait association en participation. Voici un exemple assez curieux qui, quoique ressemblant au premier abord à une association, n'en a cependant pas le caractère :

« Eyre et compagnie avaient acheté des huiles par suite d'un contrat qu'ils avaient fait avec les maisons Atkinson et compagnie, Hatterfley et Stephens, marchands d'huiles, dans la vue d'acheter autant d'huiles qu'on pourrait s'en procurer, parce qu'on espérait les revendre avantageusement. Eyre était le seul acheteur apparent; il s'était engagé à céder aux autres une partie déterminée de ces huiles au prix de facture. Il fit des acquisitions pour des sommes considérables, céda aux maisons avec lesquelles il avait contracté la partie de ces huiles qu'il devait leur livrer, et tomba bientôt après en faillite. Les vendeurs de ces huiles, qui n'avaient pas été intégralement payés, voulurent poursuivre Atkinson et compagnie, Hatterfley et Stephens, prétendant qu'ils étaient associés; mais ces derniers soutinrent qu'il n'y avait pas de société entre eux, puisqu'il n'y avait pas eu communauté de profits et de pertes; que les vendeurs ne pouvaient pas exercer de poursuites contre des personnes avec lesquelles ils n'avaient pas contracté, et qui détenaient les marchandises, qu'elles avaient d'ailleurs payées, en vertu d'un *sous-contrat* auquel les vendeurs étaient restés étrangers. Ces raisons semblent péremptoires. Il est évident que Eyre était un spéculateur qui avait acheté et vendu à ses risques et périls; les vendeurs n'avaient pu compter que sur la solvabilité de l'acheteur; et puisqu'il n'y avait entre les contractants aucune stipulation pour la revente des objets achetés à risque commun, il n'y avait pas de société. »

(11) Savary, t. II, p. 371; Rogues, t. II, p. 239.

nance de 1673 n'en parlait pas, et ce silence était loin d'être un oubli du législateur ; la participation lui avait paru trop étrangère à l'intérêt du public qu'il voulait protéger dans les vraies sociétés. Aussi continua-t-elle à être pratiquée (1), surtout dans beaucoup d'opérations maritimes, qui, alors comme aujourd'hui, se faisaient presque toujours en compte en participation (2).

Le code de commerce, croyant être plus complet, a donné sur la participation deux articles qui font suite à l'organisation des sociétés ; mais ces quelques mots sont insuffisants pour bien fixer le rôle qu'elle joue dans le droit commercial. Le législateur se borne à la distinguer des trois sociétés normales, la société collective, la société en commandite, la société anonyme; il ne lui donne pas le titre de société, mais celui d'association (art. 47). Elle est relative, dit-il, à *une* ou *plusieurs* opérations de commerce; elle a lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants (art. 48). Tout cela, on l'a fait remarquer avec raison (3), n'en dit guère plus que le silence de l'ordonnance de 1673.

490. Cependant, une chose reste acquise : c'est que la participation n'est pas une vraie société ; c'est que, par une continuation des idées qui régnaient sous l'ordonnance de 1673, on ne peut la ranger dans la catégorie des sociétés proprement dites. Elle est une nuance de la société, mais elle n'est pas la société pure. Nous dirons tout à l'heure pourquoi.

491. Les Romains connurent-ils cette nuance? Les empereurs Dioclétien et Maximien parlent d'une *participation* à un bail de salines (4). Mais, au point de vue où ils étaient placés, ils n'avaient pas de raison pour la séparer de la société proprement dite, et pour ne pas lui en appliquer les principes (5).

492. C'est surtout en Italie que la sagacité des jurisconsultes insista sur les différences de la société pure et de la participation. Les participations étaient très-fréquentes en Italie; elles avaient lieu, non-seulement pour la plupart des spéculations maritimes, mais surtout pour la ferme des revenus publics. Un particulier se rendait adjudicataire de la ferme; c'était une affaire immense. Pour la conduire à bonne fin, en se donnant des auxiliaires, il admettait à y prendre part de grands et nombreux capitalistes (6), qui restaient inconnus du public, mais qui formaient une vaste réunion d'intéressés, tantôt appelés commanditaires, tantôt appelés participants. Ceci prouve combien se sont mépris les jurisconsultes modernes qui ont cru qu'autrefois les sociétés étaient toujours fort restreintes dans le nombre des associés. L'idée d'attirer dans les spéculations commerciales un nombreux concours de capitalistes est donc bien vieille et bien éprouvée par le temps! Quoi qu'il en soit, ces capitalistes furent exposés de bonne heure à des recherches de la part des tiers qui avaient contracté avec le fermier; d'un autre côté, des dissensions s'élevèrent entre les bailleurs de fonds et les associés en nom.

Les jurisconsultes italiens, éveillés par ces complications d'intérêts, examinèrent donc la participation sous deux aspects, 1° de participant à participant ; 2° du participant à l'égard des tiers.

493. Sous le premier rapport, la jurisprudence des tribunaux italiens offre de l'incertitude : tantôt les décisions traitent le participant en associé véritable et lui en attribuent les droits contre son coassocié; tantôt ils atténuent la qualité d'associé par la qualité prédominante de bailleur de fonds, de créancier prêteur. Écoutons Straccha dans ses savantes notices des arrêts de la rote de Gênes (7).

Il parle d'un certain Dominique Spinola qui avait donné des fonds à profit et perte à la maison Nicolas-Jean-Jacques et Paul de Auria, sans se mêler de l'administration ; la question était de savoir si Dominique Spinola avait action contre Nicolas qui n'avait pas administré. L'arrêtiste, voulant prouver que le bailleur de fonds ne doit pas souffrir de l'abstention d'un des associés, qualifie d'abord ce bailleur de fonds de *particeps commendans* (8); il accorde bien que la convention le faisait *socius lucri et damni* (9), mais il ne veut pas qu'il soit associé en tout : *non tamen per omnia socius est*. C'est un *particeps, prout communiter appellatur* (10), ayant beaucoup de ressemblance avec le déposant, ou le prêteur. Toutefois, le déposant et le prêteur reçoivent leur nom légal du droit civil : *qui duo contractus a jure recipiuntur* (11). Mais la participation a été introduite par la pratique : *participem verò sola introduxit praxis*; et il ne faut pas s'en étonner, car le maniement des affaires fait naître des combinaisons qui vont au delà des prévisions et des formules du législateur : *Nec mirum, quandoquidem plura esse negotia, quàm à legislatoribus adinventa vocabula testatur Ulpianus* (12). Quoi qu'il en soit, le participant convient avec le déposant et le prêteur, en ce que ni les uns ni les autres ne peuvent administrer; que tous ont pour obligés ceux qui ont reçu, et qu'enfin ils ne peuvent être actionnés par les créanciers de ces derniers, ni actionner leurs débiteurs : *nec agere contrà debitores, nec conveniri à creditoribus valent* (13). Il s'éloigne aussi de l'associé en ce que, dans la société, l'associé qui a laissé son coassocié s'abstenir ne peut le rechercher comme administrateur; tout ce qui s'est fait quant au mode d'administration est censé avoir été convenu entre tous. Mais comment ceci pourrait-il être opposé au participant qui n'administre pas?

La décision de la rote, rapportée par Straccha, fut basée sur ces idées. Elle accorda contre l'associé une action directe et actuelle, comme s'il eût administré et comme si Dominique Spinola était un simple créancier.

Dans une autre décision (14), l'arrêtiste revient làdessus; mais son langage n'est déjà plus aussi absolu : il convient de l'identité qui existe, en principe, entre la société et la participation. « Participem, seu « eum qui habet partem in negotio *dici propriè socium* (l. *Cum in societates*, 3, C. *Pro socio*) (15), « ubi socius appellatur, *illo qui participaverat in salinis* (16). » Mais, bien qu'il n'y ait pas de diffé-

(1) Savary, *loc. cit.*; Rogues, *loc. cit.*; Bornier, sur l'ordonnance de 1673.

(2) Delamarre et Lepoitevin, t. II, n. 244.

(3) Idem, *loc. cit.*

Add. *Junge* Malepeyre, n° 407.

(4) L. 3, C. *Pro socio.*

(5) Voy. le numéro suivant, où Straccha dit que la participation est une invention de la pratique moderne.

(6) Voy. *Decis. rotæ Genuæ*, 14, n°ˢ 84, 85, et notre préface.

(7) Décis. 39.

(8) Voy. le titre de ce chapitre.

(9) N° 6.

(10) N° 9.

(11) N° 10.

(12) L. 4, D. *præscript. verbis.*

(13) N° 10.

(14) Décis. 14, n°ˢ 22 et 129.

(15) Diocl. et Maxim.

(16) Ce texte porte en effet : « Si patrem tuum salinarum *societatem participasset.* »

rence substantielle entre les associés et les participants, cependant on est obligé de convenir que toutes les sociétés ne se ressemblent pas et qu'il y en a de différentes espèces (1).

Enfin, dans la décision 46, Straccha fait un pas de plus pour s'éloigner de l'arrêt Spinola. Il repousse toute différence entre l'associé et le participant : « Reverà *hæc duo nomina*, SOCIUS AT PARTICEPS, *in alio* « *non dissentiunt quam nomine. Effectu enim* IN « OMNIBUS *concordant* (2)... Petens itaque Joannes, *ut* « *particeps*, lucra et suum capitale, debet reputari « socius. » Ici cependant de quoi s'agissait-il? D'un certain Jean Grimaldi qui avait mis des fonds à profit et perte dans la société *Etienne Cicala et Jean-Baptiste Grimaldi*. Ce dernier seul avait administré. La rote décida que, comme associé, Jean Grimaldi avait action contre lui *in solidum*; mais, à l'égard d'Etienne Cicala, elle pensa que celui-ci, n'ayant rien géré, ne pouvait être recherché qu'après avoir discuté l'associé administrateur, par argument de la loi 65, § 14, D. *Pro socio*, d'après laquelle l'associé en perte doit, avant tout, s'adresser à la caisse commune (ou à celui qui la gère), sauf, s'il y a insuffisance, à demander aux autres associés son indemnité. Remarquons-le bien, la loi précitée ne statue qu'entre associés. A l'égard des tiers, il n'en est pas de même; les créanciers peuvent assigner solidairement les associés dont le nom fait partie de la raison sociale. « *Secùs verò*, « dit Straccha, quoad extraneos creditores cum dictâ « societate contrahentes, qui procul dubio habent « quemlibet socium, *quorum nomen expressum est*, « obligatum. »

Jean Grimaldi, quoique participant, est donc considéré comme associé, vrai associé. On lui oppose la loi 65, § 14, qui regarde les associés entre eux. On tire une profonde ligne de démarcation entre un prêteur, un déposant, un tiers en un mot, et lui.

Et cependant, dans la décision 39, la participation, envisagée d'un autre œil, avait entraîné un résultat tout contraire. Le participant, assimilé, sous ce rapport, à un tiers, avait triomphé contre un associé qui n'avait pas administré!

A mon avis toutefois, la bonne manière de décider est la dernière. Dans leurs rapports internes, les participants me paraissent être sur le pied d'associés; la qualité d'associés leur convient mieux que toute autre.

494. Quant au second aspect, c'est-à-dire, au rapport des participants avec les tiers, je n'aperçois aucune variation dans la jurisprudence des tribunaux italiens, si intéressante à étudier pour tout ce qui tient aux rapports commerciaux. Toujours la participation est signalée, dans ses rapports avec les tiers, comme ne constituant pas les relations de la société : les tiers n'ont pas à argumenter d'une association qui ne s'est pas révélée; ils n'ont pas d'action contre le coassocié avec lequel ils n'ont pas contracté, tandis que, dans la société, la dette contractée par l'un des associés pour le négoce commun oblige tous les autres. « In casu societatis, dit Deluca (3), debitum « ab uno socio, in causam negotii socialis contractum, « obligat alterum, — et è converso, *exclusâ societate*, « *ac positâ simplici admissione ad participationem* « contrarium dicendum est. » Cet auteur a souvent reproduit cette distinction (4); on la retrouve dans le discours 27 de son livre *De locatione et conductione* (5); elle éclate de toutes parts dans ses œuvres. A travers les raisons vives et séduisantes dont elle étincelle, on remarque celle-ci : La société forme un corps; la substance de l'affaire qui fait l'objet de la société réside en chacun des associés : *substantia in omnibus residet* (6). Mais la simple participation n'a pas cet effet; elle n'engendre qu'une simple communication des gains et des pertes quand l'affaire est finie.

Casaregis, dont l'opinion est si puissante en droit commercial, fait aussi une différence sensible entre la participation et la société : les participants ne lui apparaissent pas comme de vrais associés. Et pourquoi? par le motif donné par Deluca : parce que les participants ne sont pas coseigneurs de l'affaire (7). De là cette conclusion : « Maxima est differentia inter so- « cium et participem, et sic diversi in jure produ- « cuntur effectus, quorum præcipui sunt, ut partici- « pes non teneantur *nisi ad ratam capitalis pro quo* « *participant in negotio; neque ipsi agere possunt* « *contrà debitores societatis, neque conveniri valent* « *à creditoribus societatis*. »

Finalement, la rote de Gênes vient prêter son imposante autorité à ce système. Elle veut qu'on ne confonde pas avec la société la participation, qui ne donne droit qu'à un compte et qui n'est qu'une affaire de participant à participant (8). Elle décide que les actions données aux tiers contre de vrais associés, tous coseigneurs d'une affaire, ne doivent pas être attribuées à ces mêmes tiers contre des participants, qui n'ont pas la maîtrise de l'affaire, dont les droits ne commencent à naître que quand l'affaire est finie et se bornent à exiger un compte de profits et pertes (9).

495. Ainsi donc la nuance est bien réelle entre la participation et la société; elle se résume à ceci : La société fait que toute l'affaire réside dans la personne de chaque associé; que ce qui se fait au nom de l'un est censé fait au nom des autres; que tout est commun, simultané, de même que dans un corps animé ce qui touche une des parties réagit sur tout l'ensemble. Au contraire, dans la participation, l'affaire est propre à celui qui agit; elle est sienne, elle est individuelle. Seulement, quand l'opération est terminée, il y a à rendre un compte de profits et pertes.

En un mot, la société forme un corps moral; la participation ne reconnaît que des individus.

L'importance de ces idées est grande; nous en verrons plus tard l'utilité (10).

496. Quelques auteurs (11), voulant signaler les caractères par lesquels la participation marque son originalité, se sont enquis de la durée de l'opération, ou de l'unité de l'affaire, ou de ce qu'elle pouvait avoir de déterminé ou d'indéterminé, de présent ou de futur. Locré croit avoir tout dit avec ces paroles : « L'association en participation n'est qu'un *marché* « *d'un moment*, relatif à quelque opération passa- « gère, *et en cela elle diffère de la société dont le lien*

---

(1) N° 129.

(2) N° 1.

(3) *De credito*, disc. 87, n° 7.

(4) *Ibid.*, disc. 88, n° 4, *de credito*, et disc. 91, n° 15, *de regulib.*

(5) N° 4.

(6) *De loc. cond.*, disc. 27, n°s 4 et 5.

(7) Non sunt socii, neque in jure formali, *negotii considerantur condomini; sed solum sunt participes* (disc. reg., n° 38).

(8) Décis. 14, n° 120.

(9) Décis. 14, n°s 56, 61, 86, 118, 119, 120.

Au surplus, voy. *infrà*, n° 783, l'affaire Pallavicini.

(10) *Suprà*, n° 81; *infrà*, n° 864.

(11) Entre autres, MALEPEYRE et JOURDAIN, n°s 409 et 410; PARDESSUS, t. IV, n°s 143 et suiv.

« *plus durable* forme entre les associés une communauté d'intérêts continus (1). »

Mais comment peut-on faire consister l'attribut distinctif de la participation dans le trait de temps assigné à son existence? Est-ce donc qu'un marché d'un moment ne peut pas être entrepris collectivement? Est-ce qu'une société collective ne peut pas se former de fait pour une opération accidentelle, et offrir au public, dont elle a besoin, le crédit simultané de tous ses membres? Mais, en outre, n'y a-t-il donc pas des participations dont la durée est de nature à se prolonger beaucoup? Comment! vous appelez marché d'un moment l'administration d'un participant aux profits et pertes du bail d'un octroi, lorsque ce bail a plusieurs années à courir? Toutes ces associations dont nous parle le droit italien pour l'exploitation de la ferme des revenus publics, vous les appelez des réunions éphémères? Sans doute, il arrive presque toujours que les affaires accidentelles se mettent en simple participation. Mais n'oubliez pas que la société momentanée que nous ont signalée Savary, Rogues, Pothier (2), n'est pas le type du genre; elle n'est qu'une des branches de la participation, laquelle, dans d'autres circonstances, peut se constituer pour un long temps (3).

497. D'autres jurisconsultes ont insisté sur ce que la participation se renferme dans une seule affaire et dans le temps nécessaire pour la terminer, tandis que la société collective a pour but de se livrer à des opérations successives (4). Ainsi on a vu la cour royale de Bordeaux refuser le caractère de participation à une société formée pour le transport des voyageurs par des bateaux à vapeur (5).

Ainsi encore la cour royale de Grenoble a renvoyé à la classe des sociétés collectives, ou en commandite, une association de deux individus, par cela seul qu'elle embrassait une série d'opérations sur les eaux-de-vie, vins, huiles et savons (6).

Mais rien n'est plus trompeur qu'un tel point de départ. L'art. 48 du code de commerce ouvre à la participation un champ bien plus vaste; loin de lui interdire une série d'affaires, il admet qu'elle peut être relative à une ou plusieurs opérations de commerce, sans distinguer si ces opérations sont distinctes, ou bien si elles se lient entre elles; si elles sont contemporaines, ou bien successives.

Aussi, qu'est-il arrivé? C'est qu'à côté de décisions judiciaires qui, dans leur embarras, se sont inspirées de la définition que nous combattons, nous en trouvons une foule qui ont vu une participation dans des associations formées pour des opérations successives, comme l'exploitation d'un établissement de bains (7), l'exploitation de toute une branche de commerce, par exemple de la commission (8), l'exploitation d'une verrerie (9), d'une forge, du commerce des huiles, etc. (10).

498. Ce n'est pas tout : tantôt on a prétendu que la participation est incompatible avec des opérations indéterminées, comme le commerce des fers, des bois, des bestiaux, et qu'elle ne s'adapte qu'à des opérations déterminées; tantôt on a enseigné que l'opération doit être née au moment où les parties font l'association (11).

Et cependant, malgré toutes ces distinctions et sous-distinctions, ceux qui les ont imaginées conviennent que l'esprit peut encore errer de la participation à la société, et de la société à la participation (12). Eh! sans doute; car ces aperçus sont inexacts; et l'on aurait dû voir que le code de commerce, en soumettant la participation à la liberté des volontés particulières, n'a pas entendu s'égarer dans ce dédale de subtilités (13).

499. Qu'est-ce donc qui caractérise la participation? Le voici :

D'abord, elle est occulte, essentiellement occulte. Quel que soit son objet, si elle se manifeste au public, elle n'est pas une participation. Momentanée, ou prolongée, embrassant une affaire née ou une affaire à naître, une opération simple ou des opérations successives, dès l'instant qu'elle ne reste pas concentrée dans des rapports intérieurs, elle est une société collective; le nom de participation est menteur, il ne lui appartient pas (14).

500. Mais ceci ne suffit pas; il est un autre trait auquel on doit aussi s'attacher : c'est que la participation ne confond pas la propriété des mises; c'est que les parties ne se sont pas associées pour former un capital social, un fonds appartenant à la société; c'est qu'en se réunissant, elles retiennent la propriété de leurs apports; c'est que leur association ne leur donne de droits respectifs que pour entrer en compte des profits et pertes, et qu'avant ce temps il n'y a pas

---

(1) Observations sur l'art. 47; *junge* PERSIL fils, sur l'art. 47, n° 1, et VINCENS, tome I, page 378. Ce dernier dit : « C'est la *réunion passagère* que deux ou plusieurs négociants contractent entre eux, etc. » Et plus bas : « Ces conventions *accidentelles*, etc. »

(2) *Suprà*, n° 487.

(3) *Junge* DELAMARE et LEPOITEVIN, t. II, n° 245.

(4) PERSIL fils, sur l'art. 47 du code de comm., n° 2; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 410.

(5) 31 août 1831 (DALLOZ, XXXII, 2, 20; SIREY, XXXII, 2, 19).

(6) 9 juillet 1831 (DALLOZ, XXXII, 1, 145).

(7) Cassat., req., 5 juillet 1825 (DALLOZ, XXV, 1, 334; SIREY, XXV, 1, 413).

(8) Cassat., req., 18 juillet 1832 (DALLOZ, XXXII, 1, 359).

(9) Affaire Homa (MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2).

(10) Bruxelles, 15 mars 1808 (DALLOZ, t. II, p. 381).

(11) PARDESSUS, t. IV, n° 143; Bordeaux, 5 mai 1829 (DALLOZ, XXXIII, 2, 131).

(12) PARDESSUS, *loc. cit.*

(13) DELAMARE et LEPOITEVIN, *loc. cit.*

(14) *Infrà*, n°s 780, 781, 826, 864, 799.

Add. *Jurisprudence.*— L'acte par lequel un individu fait une avance de fonds pour faciliter une entreprise, sous la condition que son capital lui sera rendu après un certain temps, pendant lequel il participera aux bénéfices, sans que cette part puisse, en aucun cas, être moindre de cinq pour cent du capital avancé, ne forme pas une société en participation? (Brux., cass., 2 déc. 1829; Jur. du XIXe siècle, 1829. 3, 235.)

— L'acte par lequel deux parties conviennent qu'une certaine quantité d'avoine, appartenant à la première et qu'elle expose en vente publique, sera acquise par la deuxième, à tel prix déterminé, si personne n'offre un prix égal ou supérieur, et que le bénéfice à provenir de la revente à faire ensuite sera commun entre elles, tandis que la perte, s'il en résulte de cette revente, sera pour le compte du vendeur primitif, constitue une société particulière, et ainsi toutes pertes, autres que celles prévues par cet acte, doivent nécessairement tomber sur les deux portions égales (Brux., 22 déc. 1827; J. de B., 1828, 1, 260).

— Une association de compte à demi, pour l'achat et la revente de certaines marchandises, peut se prouver par la correspondance.

Les remises faites par l'un des associés à l'autre, en argent ou en billets à ordre, causés valeur en compte, ne forment pas un prêt exigible à volonté, mais une avance de fonds subordonnée au résultat de l'association (Brux., 26 janvier 1820; J. de B., 1820, 1, 231).

de fusion d'intérêts, de vie commune, d'action simultanée : tout est individuel, propriété, industrie.

Je sais que cette vérité a été obscurcie par un arrêt de la cour royale d'Aix du 14 juillet 1825 (1), qui a cru que la participation, semblable en ce point aux autres sociétés, fait, des mises respectives, une copropriété sur laquelle les participants ont un droit collectif. Mais c'est là une erreur, une dangereuse erreur. Si le pourvoi dirigé contre cet arrêt fut rejeté par la chambre civile, après avoir été admis par la chambre des requêtes de la cour de cassation, c'est que des circonstances de fait dominèrent la question de droit (2). En principe, la participation ne crée pas de patrimoine commun, et les mises restent propres aux associés.

Les auteurs italiens, Deluca entre autres, ont mis le doigt sur ce côté sensible avec une justesse parfaite (3). Vincens est presque le seul parmi nous qui ait su le faire ressortir (4). C'est là, je le répète, le signe caractéristique et saillant; c'est par là que la participation n'est pas une vraie société. Sans cela, pourquoi donc l'aurait-on classée hors des catégories de la société? Croyez-vous qu'une association cesse d'être une société parce qu'elle est momentanée, ou bien parce qu'elle s'applique à des opérations nées, déterminées, non successives? Non, assurément. Mais une association n'est pas une société normale, quand elle ne forme pas un fonds commun, un capital social, quand chacun des associés ne démembre rien de la propriété de son apport : car, dans ce cas, il lui manque une des conditions de l'art. 1832 (5).

501. Ceci ne veut pas dire que le propriétaire d'une chose ne puisse admettre une personne à la participation des bénéfices et pertes que produira l'exploitation de cette chose, et lui céder en même temps une partie de cette chose, à titre de copropriétaire. Tous les jours on voit le propriétaire d'un navire et d'une cargaison en céder une partie à un tiers, avec lequel il s'associe pour les bénéfices et pertes; mais il ne résulte pas de là que le navire et la cargaison sont une propriété sociale : chaque participant est propriétaire en droit soit d'une chose simplement commune.

502. Voilà quelle est la vérité.

Il s'ensuit que l'association en participation n'a ni nom, ni raison, ni signature sociale, ni siége; elle

---

(1) DALLOZ, XXVI, 1, 361.

(2) Arrêt du 19 juin 1826 (DALLOZ, XXVI, 1, 361).

(3) *De loc. cond.*, disc. 29, n°s 4 et 5. J'ai cité ses paroles, *suprà*, n° 494. Voy. arrêt de cassat. du 7 août 1838, d'où sort un argument conforme (DALLOZ, XXXVIII, 1, 316); *infrà*, n° 864.

(4) T. I, p. 379, n° 4.

(5) **Add.** L'opinion contraire est professée par la plupart des auteurs. MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 416, disent à ce sujet : « Cependant il ne faudrait pas conclure de là que l'association en participation ne forme pas, comme les autres sociétés, un être moral distinct des individus qui la composent. Cette question a été examinée avec soin dans une consultation délibérée en 1831, par Merlin et Pardessus. Ces deux savants jurisconsultes soutiennent qu'il y a aussi, dans ce genre d'association, création d'un être moral. Ils s'appuient, pour le prouver, sur les principes généraux du droit civil. La mise en commun, une durée limitée de l'opération, l'obligation de l'associé envers la société de réaliser l'apport promis, la transmission dans le domaine de la société des choses apportées et le dessaisissement de l'associé par le fait de cet apport, sont les traits caractéristiques d'un être moral, et ces traits conviennent, disent-ils, à toute espèce de société, car le code ne distingue pas. Les articles 47, 48, 49 et 50 du code de commerce qualifient de société commerciale les opérations en participation, et ils ne les distinguent des trois autres espèces de société, la société en nom collectif, en commandite et anonyme, qu'en ce qu'elles ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. Dès lors la société en participation n'est pas moins que les autres sociétés un être moral distinct des individus qui la composent.

» A l'appui de cette doctrine, les deux jurisconsultes citent un arrêt de la cour de cassation, du 13 mars 1823, qui consacre la distinction du patrimoine personnel de l'associé d'avec les biens de la société; un arrêt de la cour royale de Rouen, du 11 avril 1820, qui l'a, disent-ils, jugé ainsi, à l'occasion d'une participation dans des choses purement mobilières; enfin, un arrêt de la cour royale de Paris, qui reconnaît positivement que les créanciers spéciaux d'une société en participation ont un droit de privilége sur les biens de la société, à l'exclusion des créanciers particuliers des associés.

» Merlin et Pardessus repoussent l'objection du défaut de publicité de ce genre de société, en disant que les sociétés ordinaires, telles qu'elles sont réglées par le code civil, ne sont pas rendues publiques, et que cependant il est hors de doute que le patrimoine de la société est distinct de celui des associés, que rien ne peut dès lors soustraire la société en participation à la règle commune. Que, s'il y a fraude de la part du gérant, relativement aux tiers auxquels il aurait offert un crédit mensonger, en paraissant accroître son avoir personnel de celui de la société, c'est une question de fait à juger, mais que cet abus, susceptible d'être réprimé par les voies ordinaires, ne change rien au principe.

» Cette consultation remarquable a été sanctionnée par l'arrêt qui est intervenu à la cour royale de Paris, le 9 août 1831, dans le procès pour lequel elle avait été délibérée. » (Mais cet arrêt a été cassé.)

PERSIL adopte l'opinion de MALEPEYRE et JOURDAIN. En traitant du concours entre les créanciers des associés et les créanciers de la société, nous aurons à revenir sur la difficulté. Voy. ci-après, n° 864.

Jurisprudence. — S'il est vrai que l'on doive considérer les sociétés commerciales proprement dites, c'est-à-dire les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite et les sociétés anonymes comme des êtres moraux, il ne peut en être de même à l'égard des associations commerciales en participation, dont il ne faut pas confondre les effets avec ceux des sociétés ordinaires (2 juin 1834. Civ. c. Paris, Mouroult. DALLOZ, XXXIV, 1, 202).

— La copropriété entre tous les associés de la chose qui fait l'objet d'une association commerciale en participation, ne forme pas une des conditions essentielles d'une pareille association, laquelle peut toujours avoir lieu aux conditions convenues entre les participants (code civil, art. 1832, 1873; code de commerce, art. 48).

Et *spécialement*, une association commerciale en participation, formée entre deux négociants résidant dans deux places différentes, a pu, d'après la correspondance et autres preuves autorisées par l'art. 49 du code de commerce, être déclarée n'avoir pour objet que les bénéfices ou pertes résultant de la vente de compte à demi des marchandises expédiées par l'un à l'autre, de telle sorte que le premier restait propriétaire exclusif de ces marchandises, et que le second n'était qu'un préposé intéressé à leur vente.

Par suite et dans ce cas, si ce dernier est venu à tomber en faillite, l'associé expéditeur a pu être admis à revendiquer les marchandises déposées dans les magasins du failli, avec les circonstances exprimées en l'art. 580 du code de commerce (7 août 1838. Civ. r. Gleise. DALLOZ, XXXVIII, 1, 316).

— Dans le cas d'une association en participation ayant pour objet la vente de compte à demi des marchandises expédiées par l'un des participants à son associé, le jugement qui déclare que, d'après les usages du commerce, la circonstance que l'expéditeur a débité son coparticipant de la moitié du prix des marchandises, et que celui-ci a établi sur ses livres un crédit analogue, ne constitue pas une vente entre eux qui les rende copropriétaires de ces marchandises, mais une simple mention tendante à régulariser les écritures, à constater les avances de l'expéditeur, et à servir de base pour le calcul des bénéfices et des pertes, échappe à la censure. (Même arrêt.)

n'est pas sujette aux formalités prescrites pour les autres sociétés (art. 50 du code de commerce); elle est exempte de publicité; elle se prouve par tout moyen de preuve, même par la preuve testimoniale (art. 49) (1).

503. La participation engendre cependant des rapports qu'il faut définir.

Et d'abord, le participant qui agit n'est pas nécessairement, comme dans la société collective, le mandataire de celui qui n'agit pas. Presque toujours l'affaire est sienne; il opère en droit soi, comme dit Savary, et alors on ne peut le révoquer (2); car ce serait vouloir lui enlever le domaine de sa chose. Le fermier de l'octroi qui a des participants (no 485), le négociant de Bordeaux qui achète une portion de café de compte à demi avec le négociant de Bayonne (nos 482 et 483), le marchand qui va acheter du blé à Odessa (no 488), tous font leur affaire propre : s'ils ont des associés, c'est pour partager les gains et les pertes, mais pas pour communiquer la propriété même de l'opération.

504. Cependant, il peut aussi arriver que le participant actif soit le mandataire de l'autre pour conduire à fin l'affaire dont les résultats doivent être partagés. Si Pierre, qui va partir pour le Levant sur le navire *l'Ajax*, est chargé par Paul d'opérer à Smyrne, de compte à demi, la vente de certaines marchandises qu'il lui confie, Pierre joue, dans cette société en participation, le rôle de mandataire de Paul. Il est inutile de multiplier les exemples; les affaires de commerce en reproduisent tous les jours de nouveaux (*infrà*, no 510).

505. Dans cette position des associés inconnus par rapport à l'associé connu, il y a ceci de remarquable : c'est que les premiers suivent entièrement la foi du dernier (3). L'associé à qui la marchandise a été confiée pour la vendre est investi du droit d'en traiter avec les tiers, comme s'il en était maître exclusif; non pas que dans le compte de profits et pertes il ne soit tenu de sa faute ou de ses malversations dans la gestion de l'intérêt qui lui est confié. Mais, quant aux tiers de bonne foi, tout ce qu'il a fait a été bien fait. S'il n'en était ainsi, il n'y aurait aucune sûreté dans le commerce (4).

---

(1) **Add.** « Les genres de preuves que l'article 49 énumère ne constatent-ils l'existence de la société que par rapport aux sociétaires, ou bien aussi par rapport aux tiers avec lesquels ils ont traité? Persil résout affirmativement la question, en invoquant pour les livres, les principes posés aux articles 1329 et 1330 du code civil, et pour la correspondance, l'article 1331; les associés ne pouvant cependant tirer avantage contre les tiers de la tenue de leurs livres, qui constitueront seulement un commencement de preuve par écrit, quand les créances qu'ils renferment seront consignées dans d'autres titres. » Dans cette matière, ajoute-t-il, « le législateur a laissé beaucoup au pouvoir du juge, il n'a pas « gêné sa conscience par des dispositions trop étroites, et il a « bien fait, car, dans un code de commerce, les dispositions trop « précises sont dangereuses. » (LOCRÉ, *Observ. sur l'article* 46, t. I, p. 187.)

Jurisprudence. — En matière de société en participation la preuve testimoniale est indivisible, même de la part des tiers, à l'effet d'établir non-seulement l'existence de cette société, mais encore à l'effet d'établir que des opérations faites par l'un des associés ont eu lieu pour le compte même de la société, et non pour le compte personnel de cet associé (19 avril 1833, Paris; SIREY, XXXIII, 2, 190).

— La preuve testimoniale est admissible, encore qu'il s'agisse d'un objet dépassant cent cinquante francs (Paris, 15 mai 1811). Op. conf. de PARDESSUS, p. 245, no 3.

— L'aveu est à plus forte raison une preuve de la participation (21 mai 1813, Colmar, SIREY, XV, 2, 154).

— La participation peut être établie par la correspondance (26 janv. 1820, cass. de Belg.; J. de B., 1820, 1, 131).

— Sous l'ordonnance de 1673, l'existence d'une société en participation pouvait être prouvée par des lettres missives et par d'autres renseignements, bien que la preuve testimoniale ne fût pas admise (28 germ. an XII, Civ. r. Billaud. DALLOZ, XII, 143, no 1; DALLOZ, II, 1282).

— Jugé cependant que, sous l'ordonnance de 1673, la preuve par témoins pouvait avoir lieu non-seulement pour établir l'existence d'une société en participation, mais encore pour constater que tels ou tels actes particuliers avaient été faits par un associé pour le compte de la société, et non pour son compte personnel (15 mai 1811. Paris, Marliogue. DALLOZ, XII, 143, no 2; DALLOZ, II, 1280).

— Jugé aussi que le code de commerce, ne déterminant point la nature ou la durée des opérations que peuvent embrasser les sociétés en participation, un tribunal arbitral ne viole pas les principes qui régissent ces sociétés, en autorisant la preuve par pièces ou par témoins d'une association en participation ayant pour objet l'exploitation d'une mine (30 avril 1828. Req. Paris, Therouenne. DALLOZ, XXVIII, 1, 233).

— Jugé cependant que les tribunaux peuvent, sans violer la loi, rejeter la preuve testimoniale invoquée pour prouver une association en participation (3 juin 1823. Liége, Mietto. DALLOZ, XII, 144, no 4; DALLOZ, II, 1282).

— Il n'est pas nécessaire, à peine de nullité, qu'un jugement qui admet la preuve d'une association en participation, contienne le détail des faits à prouver, alors surtout que la requête qui les mentionne y ait été annexée (30 avril 1828. Req. Paris, Therouenne. DALLOZ, XXVIII, 1, 233).

— Une simple lettre non suivie d'un contrat formel dûment publié, ne peut être considérée comme acte constitutif d'une société, si, d'ailleurs, il ne conste d'aucune acceptation de l'autre partie.

Lorsqu'il est reconnu qu'il n'y a qu'un projet de société, mais que l'une des parties a posé divers faits dans l'intérêt de la société projetée, il est dû un dédommagement de ce chef (Brux., 4 mars 1829; Jur. du XIXe siècle, 1831, 3, 19).

— La promesse de contracter une société commerciale, peut être prouvée autrement que par écrit (Brux., 20 février 1836; J. de B., 1837, 2, 190).

FAVARD DE LANGLADE, vo *Société*, p. 240, rappelle la discussion qui s'éleva au conseil d'État, sur la question si les divers genres de preuve qu'il autorise pour constater l'existence et les conditions des associations seraient admises entre les participants seulement (voy. ci après le commentaire de l'art. 1847). Le conseil s'en est rapporté là-dessus à la prudence des tribunaux.

(2) Décis. 14 de la rote de Gênes.

(3) SAVARY, t. I, p. 369.

(4) *Ibid.*

Add. VINCENS, t. I, p. 378, dit à ce sujet : « Presque toujours un seul agit au dehors et rend compte à ses cointéressés, en sorte que l'association tout intérieure reste inconnue et étrangère au public. Les intéressés non déclarés ne sont pas coobligés dans l'engagement contracté sans faire mention d'eux, à moins que l'association venant à être connue et prouvée, on ne constatât que l'objet du contrat a tourné au profit commun; celui qui opère n'est au dehors tout au plus qu'un commissionnaire agissant pour des commettants inconnus à ceux avec qui il traite. En rendant compte à ses commettants, il se trouve seulement participant avec eux dans l'affaire dont il a été l'administrateur. »

On lit dans FAVARD, vo *Société*, p. 240 : « On a dû remarquer, par ce qui vient d'être dit sur les *associations en participation*, que ces associations conviennent avec les *sociétés en commandite*, en ce que, dans les unes comme dans les autres, il n'y a qu'un ou que quelques-uns des associés qui contractent avec les tiers, et que les autres associés qui, dans les sociétés en commandite, sont les *commanditaires*, et dans les associations en participation, les *associés inconnus*, ne sont engagés directement que vis-à-vis de ceux de leurs coassociés qui ont traité ou négocié. »

Jurisprudence. — La preuve d'une société en participation est

506. De là il suit que les dettes contractées par l'associé connu, et qui grèvent la chose objet de la participation, doivent être respectées par l'associé inconnu. Les tiers ont suivi la foi du participant actif; à leur tour les participants inactifs se sont livrés à lui pour faire leur affaire et en traiter comme maître; les usages du commerce sont invariables à cet égard et la raison les approuve hautement. Comment, en effet, les participants pourraient-ils trouver mauvais le maintien des actes faits par leur coparticipant? Est-ce qu'ils seraient fondés à reprocher aux tiers leur confiance, lorsqu'ils en ont eu une tout aussi entière dans leur associé?

507. A ce propos, je citerai comme exemple une espèce qui se rencontre très-fréquemment dans le commerce maritime. Pierre, commandant du navire *l'Aigle* et intéressé au corps et aux facultés, cède pour six mille francs de son intérêt à Primus, et pour quatre mille francs à Secundus; voilà entre ces trois individus une association en participation. Plus tard, Pierre, directeur de l'opération dont les profits doivent être communs, emprunte à la grosse diverses sommes; le navire part pour les Indes et retourne: procès entre les participants et les prêteurs, dont le privilége est contesté. Dites que la préférence appartient à ceux-ci; les prêteurs ont contracté avec le maître de l'affaire; ils ont fait ce que de leur côté les participants avaient fait avant eux; ils ont suivi la foi de Pierre (1).

508. Du principe que l'associé agit en droit soi, dans l'affaire dont il consent à partager les résultats avec son participant, il sort une autre conséquence que je vais formuler, en revenant à l'un des exemples donnés tout à l'heure, à celui du marchand qui est parti pour Odessa afin d'y acheter des blés (2). Supposons qu'il effectue l'achat avec ses fonds particuliers: ne croyez pas que cet achat fait de la main d'un associé fasse entrer la chose dans le patrimoine de la société; nullement. Les blés sont la propriété exclusive de l'acheteur; il n'a pas acheté pour lui et pour ses associés, comme dans une société ordinaire; la propriété est à lui seul; elle est individuelle, elle n'est pas sociale (3); les créanciers des cointéressés n'y peuvent rien prétendre du chef de ces derniers, lesquels n'ont droit qu'à un compte de profits et pertes.

509. Mais allons plus loin, et supposons que l'un des participants ait fait une mise de dix mille francs, et que ces fonds aient servi à acheter les blés d'Odessa destinés à être revendus à Marseille; les blés appartiendront-ils au bailleur de fonds, ou seront-ils la propriété de l'acheteur qui sera censé les avoir acquis pour lui avec des fonds en quelque sorte prêtés?

Au regard des tiers qui ont traité avec l'acheteur, la question n'est pas douteuse; c'est ce dernier qui est pour eux le véritable propriétaire; c'est sur sa tête que repose toute l'affaire; elle est censée lui appartenir en entier (4). Ils trouvent les blés entre ses mains par suite de la confiance du coassocié; ils les saisissent: c'est leur droit.

510. Mais, d'associé à associé, quel sera le vrai propriétaire? celui qui a donné les fonds, ou celui qui les a employés? Si le bailleur de fonds tombe en faillite, ses créanciers pourront-ils saisir les blés à leur arrivée à Marseille, sous prétexte qu'ils sont la chose de leur débiteur, et que dans une participation les effets des associés ne se confondent pas?

En général, je ne le pense pas. L'acheteur des blés ne les a pas achetés comme simple mandataire; l'achat a été fait en son nom; la chose est entrée à ce titre dans son patrimoine; il a entendu faire et il a fait en réalité sa propre affaire, sauf à en partager les produits. Les blés sont à lui, et tout ce qu'il doit à son coparticipant, c'est un compte: il ne doit donc rien de plus aux créanciers de ce dernier.

Est-il vrai cependant qu'il ait été jugé, comme on le prétend, que celui qui fournit les fonds à l'associé chargé des ventes et des achats, est propriétaire des marchandises existantes, ou des prix provenant des ventes, jusqu'à concurrence de ses avances (5)? Non; si on se pénètre bien des circonstances dans lesquelles l'affaire se présentait. On établissait en fait que le préposé aux achats n'était pas le maître de l'affaire, qu'il ne faisait que jouer le rôle d'un *institeur*; et la cour royale le déclara mandataire, tandis qu'elle assigna aux bailleurs le caractère de commettants. Il est clair qu'en présence de tels faits les magistrats devaient décider que la propriété des marchandises achetées reposait sur la tête des bailleurs de fonds. Certes! il y a des cas où il en peut être ainsi; en ces sortes de matières, les faits ont une souveraine puissance: les tribunaux les apprécieront.

Mais, remarquons-le bien: que la propriété appartienne au participant connu ou aux anonymes, il n'en résulte pas moins qu'elle n'est pas sociale, et que d'un côté ou de l'autre, elle tombe toujours dans un patrimoine privé.

511. Du reste, malgré la vérité du principe, que, dans la participation, les effets apportés par les associés ne se confondent pas, il ne serait pas exact de dire que chaque associé peut toujours disposer à son gré de la chose qu'il a conférée. La raison en est simple. Ordinairement les mises consistent dans des meubles, dont le participant connu se trouve personnellement saisi; les autres coassociés en ont quitté la possession pour la remettre dans ses mains, grevée de l'obligation de contribuer aux charges de l'affaire: or, le fait de la possession est ici considérable et décisif. Les coassociés n'ont pu engager leur chose, ainsi placée hors de leur possession, que sous la réserve des droits qui la grevaient; les créanciers qui l'ont acceptée dans de telles conditions, ont su ou dû savoir que leur auteur n'en avait pas la libre disposition. Il n'y a d'exception à ceci que dans le cas que nous examinerons au n° 513.

Ces raisons expliquent un arrêt de la cour d'Aix du 14 juillet 1823 (6), dont je parlais il n'y a qu'un instant, et qu'un rejet de la chambre civile de la cour de cassation, du 19 juin 1826, sauva des attaques dont il était l'objet. Deux négociants de Mar-

---

admissible en faveur des tiers aussi bien qu'en faveur des associés (19 avril 1833. Paris, Royer. DALLOZ, XXXIV, 2, 57).

— Entre associés une société commerciale peut être prouvée autrement que par écrit (Bruxelles, 22 février 1836; J. de B., 1837, 2, 190).

(1) ÉMERIGON, *Contrats à la grosse*, chap. XII, sect. VIII, p. 591. Il cite une sentence de l'amirauté et un arrêt du parlement d'Aix, du 6 juin 1778. *Junge* p. 584.

(2) *Suprà*, n° 488.

(3) VINCENS, p. 379; arrêt de Rouen du 21 avril 1810 (DALLOZ, t. VIII, p. 249). Les motifs de cet arrêt ne sont pas irréprochables.

(4) *Infrà*, n° 864. — Cassat., 1er juin 1834 (DALLOZ, XXXIV, 1, 202; SIREY, XXXIV, 1, 603). — 19 mars 1838 (DALLOZ, XXXVIII, 1, 102). — Paris, 18 janvier 1834 (DALLOZ, XXXIV, 2, 100). — ÉMERIGON, *Traité des Contrats à la grosse*, ch. XII, sect. VIII, t. II, p. 591, 592.

(5) PERSIL fils, art. 48, n° 8; Brux., 15 mars 1808 (DALLOZ, t. II, p. 381; SIREY, VIII, 2, 200).

(6) DALLOZ, XXVI, 1, 363.

seille, Ballot et Olive, s'étaient associés en participation pour l'affrètement du navire *la Lydia*. Il avait été convenu qu'Olive, seul armateur du navire, serait aussi le seul maître de l'opération et le seul propriétaire de la cargaison. Les marchandises furent embarquées; dans le nombre il y avait une partie de..... fournie par Ballot. Notons que ce fut Olive qui acquitta les droits de douane; et que le connaissement fut fait en son unique et privé nom. Peu de temps après, Ballot emprunta à la grosse, auprès des sieurs Jullien, une somme de deux mille francs, pour sûreté de laquelle il engagea les marchandises d'entrée et de sortie qui seraient trouvées lui appartenir sur *la Lydia*.

Le navire fit son voyage et revint chargé de cotons : les héritiers Jullien prétendirent être payés par préférence à Olive et avant toute liquidation.

Ce système n'était pas soutenable. Olive était saisi, et sa possession précédait le prêt à la grosse; il était présumé propriétaire de la cargaison par le connaissement, par les conventions sociales, par la prépondérance de la possession non contredite par un titre opposé. Comment! lui, armateur, n'ayant jamais cessé d'avoir sous sa main le total du navire et de la cargaison, il se serait vu enlever son gage spécial par un créancier postérieur et non saisi (1)!

On voit que dans ces circonstances il n'y avait rien de plus facile à motiver que le rejet des prétentions des sieurs Jullien. La cour royale d'Aix, cependant, au lieu de prendre la question sous ce côté simple et clair, se perdit dans une diffuse théorie sur la copropriété collective de tous les membres d'une société en participation! Mais cette erreur des motifs n'enlève rien à la justice de son arrêt, qui maintint le sieur Olive dans tous ses droits, renvoyant les sieurs Jullien au résultat de la liquidation pour se venger sur la part sociale de Ballot.

512. Mais si la chose mise en participation occulte était un immeuble, le propriétaire en disposerait sans obstacle, et les participants ne seraient pas fondés à soutenir que des créances prétendues sociales devraient l'emporter sur le droit que des tiers de bonne foi auraient acquis sur cet immeuble par la volonté de son propriétaire (2). Une société en participation ne peut se poser en face des tiers avec des droits privilégiés; elle ne comprend que des individus avec lesquels on traite avec plus ou moins de sûreté, suivant qu'ils sont saisis d'objets plus ou moins solides entre leurs mains.

513. Enfin, je poserai un dernier cas, pour montrer que dans la participation il n'y a pas copropriété des mises. Pierre, négociant de Toulouse, envoie des blés à François, négociant de Marseille, pour que celui-ci les vende de compte à demi. Avant la vente, François tombe en faillite; ses créanciers personnels veulent se payer sur les blés; mais Pierre les revendique comme siens. Sera-t-il écouté? Sans doute. Vainement dirait-on que la chose est sociale. Nullement; elle reste la propriété de François, qui pourra la réclamer, s'il se trouve dans les conditions de tout revendiquant (3).

514. Au reste, ces idées reviendront plus bas, lorsque nous nous occuperons du concours des créanciers d'une société avec les créanciers personnels de ceux qui la composent (4).

515. Nous avons souvent répété que les associés en participation doivent se rendre un compte respectif des profits et pertes de l'opération. Mais quelle est l'étendue de la contribution de chacun d'eux aux pertes éprouvées? Le participant oisif ne doit-il indemniser l'associé qui a agi que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a exposés dans la société, de telle sorte qu'il soit entièrement quitte alors même que ce concours serait insuffisant? ou bien doit-il contribuer indéfiniment, pour sa part, de manière que si sa participation était de moitié et que la moitié des dettes fût de vingt mille francs, il fût tenu de payer cette somme entière, même sur ses autres biens, quand même il n'aurait aventuré dans l'affaire que dix mille francs?

Les auteurs italiens ne m'ont pas paru parfaitement d'accord à cet égard avec les auteurs français.

L'arrêtiste de la rote de Gênes enseigne, dans son exposé de la décision 14 (5), que le participant n'est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise dans la société : « Participes non tenentur nisi « pro summâ quam exposuerunt in societate (6). »

Et ailleurs : *Particeps non tenetur nisi de pecuniis « quas ipse posuit in societate*, non autem personaliter « in solidum cum nihil gesserit (7). »

Presque toujours les auteurs italiens veulent que l'associé qui n'a pas donné son nom ne soit tenu que jusqu'à concurrence de ce qu'il a exposé dans la société (8). Casaregis, qui est le dernier et le plus considérable de cette école, dit : « Participes non tenen- « tur nisi ad ratam capitalis pro quo participant in « negotio (9). »

Cela tient sans doute à l'intimité de la participation et de la commandite aux yeux des auteurs italiens (10).

Mais Pothier nous donne des idées différentes de l'obligation du participant :

« Les associés en commandite, de même que les associés inconnus (en participation)..... ne sont tenus des dettes qu'envers leur associé principal et connu qui les a contractées. Ils doivent l'en acquitter, chacun pour la part qu'il en a dans la société, savoir : *l'associé anonyme indéfiniment*, et l'associé en commandite seulement jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis dans la société (11). »

Et ailleurs : « Les associés diffèrent en ce que dans la société anonyme (participation) l'associé inconnu est tenu indéfiniment, pour la part qu'il a dans la société, d'acquitter son associé des dettes qu'il a contractées pour la société; au lieu que l'associé en commandite n'en est tenu que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise en société (n° 63). »

C'est cette opinion que nous suivons invariablement en France. Nous laissons à la commandite seule la prérogative de n'obliger le commanditaire que jusqu'à concurrence de sa mise et jamais au delà. La participation n'a pas ce privilége; elle rend le participant responsable des pertes pour sa part et portion, quand même cette part serait plus forte que sa mise.

(1) Argument de ce que dit **Émerigon**, *Des contrats à la grosse*, t. II, p. 593.

(2) *Infrà*, n° 864. — Cassat., 1er juin 1834 (**Dalloz**, XXXIV, 1, 202; **Sirey**, XXXIV, 1, 603). — 19 juin 1838 (**Dalloz**, XXXVIII, 1, 102).

(3) Cassat., 6 août 1838 (**Dalloz**, XXXVIII, 1, 316).

(4) *Infrà*, n° 864.

(5) N° 110.

(6) Et il cite **Balde**, conseil 125; **Ancharani**, cons. 332; **Decius**, etc.

(7) Décis. 46, n° 3; argument de la loi 63 *Nemo*, D. *Pro socio*.

(8) Decis. rot. Gen. 14, n° 131; **Straccha**, *de cont. merc.*, n° 23.

(9) Disc. 39.

(10) *Suprà*, n° 385.

(11) *Société*, n°s 101 et 102.

Pour que le participant ne fût tenu que du montant seul de sa mise, il faudrait une stipulation bien formelle, et dans ce cas on la respecterait; car l'article 48 admet toutes les conventions qui ne sont pas contraires à la bonne foi et à l'ordre public (1).

CHAPITRE III.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'ÉGARD DES TIERS.

SOMMAIRE.

516. Division de la matière.
517. Les dispositions qui vont suivre sont applicables à toutes les sociétés quelconques, sauf certaines exceptions.

COMMENTAIRE.

516. Après avoir posé les principes généraux sur l'essence, la base et la preuve de la société; après avoir suivi ce contrat dans ses subdivisions en société universelle et société particulière, le législateur va s'occuper, dans le présent chapitre, de ses effets; et cela, sous deux points de vue : 1° par rapport aux associés; 2° par rapport aux tiers. De là deux sections, la première qui traite des engagements des associés entre eux, la seconde des engagements des associés à l'égard des tiers.

517. On aperçoit du reste que ce qui va suivre s'applique de plein droit à toutes les espèces de sociétés, sauf quelques cas exceptionnels que nous signalerons (2).

SECTION PREMIÈRE.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX.

SOMMAIRE.

518. Cette première section traite des engagements des associés entre eux.
Aperçu des points dont elle s'occupe.
519. De l'action *pro socio* donnée comme sanction des obligations des associés entre eux.
Du *bénéfice de compétence* admis en droit romain et rejeté en droit français.
520. De l'arbitrage forcé dans les sociétés commerciales. Ses inconvénients.
520 2°. *Y a-t-il lieu à arbitrage en cas de contestation entre associés en participation ?*

COMMENTAIRE.

518. Dans cette première section, nous allons voir le développement des engagements des associés à l'égard les uns des autres.

Et d'abord, comme ces engagements présupposent une société en mouvement, le législateur fera connaître le point initial de la société et le temps de sa durée (articles 1843 et 1844).

En second lieu, il s'occupera de l'obligation contractée par chaque associé de fournir sa mise. Ce sera l'objet des articles 1845, 1846 et 1847.

Troisièmement, il détaillera les devoirs des associés relativement à ce qu'ils ont pu percevoir du fonds commun (3) (articles 1846, § 1 et 2, 1848 et 1849.

Nous verrons, quatrièmement, ce qui concerne le dommage qu'un associé a causé à la société (4) (article 1850).

En cinquième lieu, le législateur traitera des choses dont un associé peut être créancier de la société et dont les autres associés sont obligés de lui faire raison (5) (art. 1851).

(1) PARDESSUS, et PERSIL fils, sur l'art 48, n° 9.
(2) Voy., par exemple, *infrà*, nos 550, 1068 et suiv.
(3) POTHIER, nos 118 et suiv.
(4) POTHIER, n° 124.
(5) *Ibid.*, n° 126.

En sixième lieu, viendra ce qui a trait aux parts dans les bénéfices et dans les pertes, et aux conventions permises entre les associés pour s'éloigner d'une égalité parfaite (1) (articles 1853, 1854, 1855).

En septième lieu, l'administration de la société trouvera ses règles dans les articles 1856 à 1860 inclusivement.

Enfin, l'art. 1861 terminera cette section en s'occupant des croupiers et associés des associés.

Tel est le champ étendu que nous devons parcourir; nous n'éluderons aucune difficulté; et nous tâcherons de n'omettre rien d'utile.

519. Au reste, avant d'aller plus loin, il y a à présenter une observation générale qui domine toute cette section : c'est que tous les engagements, dont elle va développer la série, sont sanctionnés par une action fort célèbre dans le droit romain sous le nom d'action *pro socio*. J'ai déjà présenté quelques considérations sur son but et ses effets (2); je dois ici insister davantage sur son caractère. Elle est personnelle (3); elle passe activement et passivement aux héritiers et successeurs (4); elle peut s'exercer durant la société (5); par exemple, pour forcer un associé à payer sa mise, à apporter à la caisse commune des gains qui y doivent tomber (6); à contribuer aux réparations des immeubles sociaux (7); à indemniser la société des suites de sa faute, etc. : elle s'exerce aussi pour obtenir la dissolution de la société (8). Mais, suivant de graves interprètes, dont j'ai rappelé plus haut l'opinion (9), le partage même et l'adjudication des lots s'opèrent par l'action *communi dividundo*: l'action *pro socio* n'a lieu que pour l'exécution des obligations personnelles découlant du contrat (10).

Au surplus, une circonstance digne de remarque, c'est que le droit romain, par suite des sentiments de confraternité que les associés se doivent les uns aux autres, voulait que lorsqu'on ne pouvait reprocher à un associé ni mauvaise foi ni dol, il ne fût tenu des obligations sociales que *in quantum facere poterat* (11), afin que, dans le cas de mauvaise fortune, on ne le réduisît pas à la détresse.

Ce tempérament, appelé *bénéfice de compétence*, n'a pas lieu dans le droit français (12) : néanmoins, il n'est pas défendu aux tribunaux d'apporter, dans leurs jugements, des ménagements équitables aux prétentions trop acerbes d'une société contre un associé malheureux.

520. Dans les matières de commerce, les contestations entre associés, et pour raison de la société, doivent être jugées par des arbitres (13). Dès les temps les plus reculés, le commerce a montré du penchant pour les arbitrages; la jurisprudence offre une foule de très-anciens exemples de contrats de société qui portaient l'obligation de faire juger par des arbitres les contestations sociales (14). Mais l'idée de convertir les arbitrages volontaires en arbitrages forcés date de l'édit de 1673 (15). Ce fut, à mon avis, une exagération; j'en ai pour garant les réclamations qui s'élevèrent du sein du commerce, lorsque le projet de code de commerce proposa de maintenir l'existence de ce tribunal. Les négociants de Bordeaux n'affirmaient rien de trop quand ils disaient, dans leurs observations : « L'arbitrage forcé est une ancienne erreur contre laquelle « l'expérience nous a prémunis, et qu'il faut détruire (16). » En effet, l'arbitrage est une manière de juger si défectueuse, si dépourvue de garanties, qu'on aurait dû laisser les parties maîtresses d'y recourir ou de le répudier, suivant les occasions. Quant à moi, qui ai été arbitre quelquefois, je déclare, par expérience, que, dans un procès de quelque gravité, je ne conseillerais à personne de se faire juger par des arbitres : un tribunal, qui se croit le droit d'être plus équitable que les lois les plus équitables du monde, me paraît ne pouvoir s'adapter qu'à un petit nombre de questions de fait et à des intérêts médiocres. Le mouvement des sociétés de commerce soulève des débats trop importants pour que la connaissance ait dû en être forcément enlevée aux tribunaux.

Mais cet inconvénient n'est pas le seul; chaque associé ayant le droit de nommer son arbitre, il arrive, dans les sociétés nombreuses, que le tribunal arbitral peut se trouver composé d'un nombre de juges plus considérable que celui de la cour royale de Paris tout entière, et qu'il y ait les plus grands inconvénients pour grouper les intérêts, classer les voix et arriver à un résultat (17)!

Quoi qu'il en soit, la loi existe; il faut en subir les inconvénients : c'est aux parties à les prévenir par la prudence de leurs statuts.

Pour montrer, du reste, combien a été vaine l'utopie du législateur, qui a cru donner à la paix des sociétés commerciales une sanction inviolable, il suffit de parcourir les recueils d'arrêts; on verra combien de difficultés sont sorties des articles 51 et suivants du code de commerce. Notre plan ne nous permet pas de nous en occuper. Nous laissons ce soin aux livres dans le cadre desquels la procédure commerciale doit entrer (18).

520 2° (19).

---

(1) POTHIER, nos 73 et suiv.

(2) No 64.

(3) **Add.** « La loi nouvelle, disent MALEPEYRE et JOURDAIN, no 57, accorde une action à chaque associé contre ses associés, pour les contraindre à l'exécution de leurs obligations, mais cette action, comme la plupart de celles consacrées par notre code de procédure, est innomée. »

(4) POTHIER, nos 134, 135.

(5) PAUL, l. 65, § 15, D. *Pro socio* (lib. XXXII *ad edictum*). Voy. CUJAS.

(6) PAUL, *loc. cit.*

(7) *Ibid.*

(8) PAUL, l. 65 *in principio*; POTHIER, no 134.

(9) No 64 et *infrà*, no 997.

(10) ULPIEN, l. 43, D. *Pro socio*; PAUL, l. 1, D. *Com. divid.*

(11) ULPIEN, l. 63, D. *Pro socio.*

(12) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN ajoutent, no 56 : « Ces ménagements, qui rentrent si bien dans l'esprit de la société, ne sont plus obligatoires aujourd'hui, et la jurisprudence, après avoir quelque temps oscillé, a permis enfin même la contrainte par corps. C'est peut-être fâcheux; mais les cours ont dû décider ainsi, puisqu'on ne trouve dans nos lois aucune exception au droit commun à cet égard. » Op. conf. de CHARDON.

(13) Art. 51 du code de commerce; ord. de 1673, t. IV, art. 9; POTHIER, no 136.

Add. *Jurisprudence.* — Lorsqu'il résulte des faits de la cause qu'un billet à ordre causé valeur reçue en espèces, et souscrit par un associé à un associé, est étranger aux affaires de la société, il n'y a pas lieu à renvoi devant arbitres (31 janvier 1835, Bruxelles; J. de B., 1836, 2, 438).

(14) STRACCHA, Decis. rot. Gen. 21; SAVARY, t. I, p. 354; FRÉMERY, p. 65, 66.

(15) Tit. IV, art. 9.

(16) *Observ. des tribunaux*, t. II, p. 265. *Junge* Bruxelles, t. I, p. 119; Nancy, p. 205; Ajaccio, p. 473; Lyon, t. II, p. 531; Rouen, t. III, p. 533.

(17) Voy. HORSON, q. 5, et FRÉMERY, *loc. cit.*

(18) HORSON a fait des observations très-justes sur les inconvénients de l'arbitrage forcé, q. 5. Voy. aussi FRÉMERY, *loc. cit.*

(19) **Add.** *Y a-t-il lieu à arbitrage en cas de contestation*

Art. 1843. La société commence à l'instant même du contrat, s'il ne désigne une autre époque.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 18. *La société contractée sans que le temps où elle doit commencer soit exprimé, commence dès l'instant du contrat.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 12. Conf. à l'art. 1843 du code.

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 1, leg. 70. — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. XVIII, sect. II, art. 9. — POTHIER. *Société*, n° 64.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1714. Conf. à l'art. 1843, C. F.
Sardaigne. — 1866. Id.
Haïti. — 1612. Id.
Hollande. — 1661. Id.
Canton de Vaud. — 1320. Id.
Louisiane. — 2821. Id.
Prusse. — 188. Id.

189. A défaut de conventions, tous les sociétaires contribuent par portions égales au fonds commun.

190-191. Un associé ne peut être contraint à contribuer au delà de ce qu'il a promis; cependant si le but de la société ne peut être atteint sans un supplément de fonds, le sociétaire qui refuse d'y contribuer peut être obligé de sortir de la société.

196. Mais il n'en est pas de même s'il faut d'autres fonds pour étendre le but de l'association. C'est alors une nouvelle société.

198. Les fonds versés pour les besoins de la société forment la propriété commune à partir de la date de la société.

199-200. Quant aux immeubles qui doivent entrer dans la société, ils ne deviennent la propriété commune à l'égard des tiers, que par leur inscription sur le registre des hypothèques.

SOMMAIRE.

521. Du commencement de la société. Elle est parfaite par le consentement; elle n'attend pas sa perfection de la tradition des mises.
Il peut être convenu qu'elle prendra naissance à partir de tel jour.

522. Aussitôt née, la société prend un corps; elle a un patrimoine, un domicile.
A moins que ses membres n'agissent *nomine privato*, le domicile social l'emporte sur le domicile particulier.

COMMENTAIRE.

521. La société est une personne civile; comme telle, elle a sa naissance et sa fin. L'art. 1843 s'occupe de la première époque, et l'art. 1844 de la seconde.

Lorsque la société est pure et simple, elle commence à l'instant même du contrat : parfaite par le consentement, elle n'attend d'aucun événement, ou d'aucun fait ultérieur, le principe qui lui donne la vie. Quand même les mises n'auraient pas été encore livrées, elle existe; elle engage les parties dès l'instant que leurs volontés se sont accordées (1). Il n'y aurait

---

entre associés en participation? — Cette question est résolue affirmativement par MERLIN, *Répert.*, v° *Société*, sect. VI, § 3, n° 2, où il rappelle l'arrêt du 28 mars 1815, de la cour de cassation.

VINCENS, t. I, p. 200, n° 15, émet des doutes sur le fondement de cette décision. Il dit : « Lorsque deux commerçants ou deux sociétés se lient passagèrement pour une opération commune, réunion momentanée que le code a prévue sous le nom d'*association commerciale*, on demande si les contestations, qui peuvent en être la suite entre intéressés, sont susceptibles de l'arbitrage forcé.

« A consulter le texte du code, je ne le croirais pas, et encore moins s'il était permis de recourir aux motifs de l'orateur du gouvernement qui présenta cette loi au corps législatif. Il ne parle que des sociétés proprement dites; et il ajoute que c'est *de ces sociétés régulières ainsi organisées* que les contestations seront remises à l'arbitrage.

« Le code lui-même dit que les associations commerciales ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés. Lorsqu'il parle de l'arbitrage, il nomme les sociétés seulement.

« Enfin, les cointéressés étant ici le plus souvent de domiciles divers, cette association par correspondance n'a point de siége; il n'y a point de tribunal auquel il appartienne de nommer les juges pour les refusants. Il y a même quelque chose qui répugne à obliger une des parties à chercher et à élire un arbitre dans le lieu qu'elle n'habite pas. Néanmoins, la jurisprudence paraît avoir prévalu pour imposer l'arbitrage forcé à ces réunions momentanées. Et comme il en résulte quelques avantages, particulièrement celui de produire les lettres missives, livres et pièces sans formalités, il ne faut pas se plaindre du petit écart que semble faire l'usage »

On cite, dans le sens de cette opinion de VINCENS, l'arrêt de Gênes du 29 décembre 1808; cass. France, 28 mars 1817 (SIREY, XVII, 1, 254); Nancy, 5 décembre 1828 (SIREY, XXIX, 2, 125); cass., 14 mars 1809 (SIREY, X, 1, 207).

Mais la jurisprudence s'est prononcée dans le sens de l'opinion de MERLIN. A l'arrêt de 1815, rendu sur ses conclusions, il faut ajouter :

27 décembre 1810, Bruxelles; 26 février 1814, Turin; 7 janvier 1818, cass. civ. (DALLOZ, XVIII, 1, 65); 4 juillet 1831, Bordeaux.

Op. conf. de BERRIAT-SAINT-PRIX; de CARRÉ, *Lois d'org.*, art. 397, quest. 546.

Jurisprudence. — Jugé déjà, sous l'ordonnance de 1673, que les contestations concernant les associations en participation, doivent être jugées par des arbitres (1er germinal an XI. Paris, Garnot. DALLOZ, I, 640); 22 therm. an XI. Req. Patin (DALLOZ, I, 640); 14 juin 1815. Civ. c. Pau, Amet (DALLOZ, I, 640; DALLOZ, XV, 1, 380).

(1) DELAMARRE et LEPOITEVIN, t. II, n° 116; *infrà*, n°s 525 et 935.

Add. Op. conf. de DURANTON, n° 390; de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 40; de DUVERGIER, n° 137 : « On doit supposer, dit-il, que les contractants veulent que leur convention reçoive immédiatement son exécution, lorsqu'ils ne disent pas formellement le contraire. »

pas de plus grande erreur que l'opinion qui voudrait faire de la société un contrat réel (1).

Mais les associés sont maîtres de différer, par un pacte spécial, le commencement de la société ; ils peuvent convenir qu'elle ne prendra date qu'à compter de tel jour, ou sous la condition de tel événement : *Societas coiri potest vel de tempore, vel sub conditione* (2).

Nous avons vu ci-dessus l'importance que le code de commerce attache à l'époque où la société commence ; car il exige que cette circonstance soit expressément relatée dans l'extrait remis au greffe (3).

Dans le doute, on supposerait facilement que les parties ont entendu que leur société commencerait sur-le-champ. L'instant du contrat est l'époque naturelle et légale ; il ne faut s'en écarter qu'autant qu'une volonté manifeste en fait une obligation.

522. Dès le moment où la société a commencé, elle fonctionne comme corps moral. Non-seulement elle a un actif (4), un domaine de propriété ; mais encore elle a un domicile que la loi prend en considération pour l'exercice de ses droits (5). Ce domicile est le lieu où est posé le siége de son principal établissement. C'est devant le tribunal de ce lieu qu'elle doit être assignée (6).

On a souvent répété que les sociétés civiles n'ont pas de siége ; c'est une erreur : elles sont capables d'avoir un domicile comme les sociétés de commerce. L'article 59 du code de procédure civile ne fait aucune distinction entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce, quand il dit qu'en matière de société l'assignation sera donnée devant le juge du lieu où elle sera établie.

Mais aussitôt que cesse la société, le domicile qu'avait l'être moral disparaît : les associés, désormais séparés d'intérêt, ne peuvent plus être actionnés qu'à leurs domiciles respectifs, sauf ce que nous dirons plus bas du cas où il y a un liquidateur (7).

Il peut même arriver quelquefois que, durant la société civile ou commerciale, on néglige le domicile social pour s'attacher au domicile individuel : c'est ce qui arriverait si les associés avaient agi sans indication du corps moral et sous une dénomination individuelle (8).

Art. 1844. S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, sous la modification portée en l'article 1869 ; ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 19. *S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée avoir été contractée pour tout le temps de la vie des associés* (a).

Art. 20. *On peut faire dépendre d'une condition le contrat de société.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 13. *S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour toute la vie des associés, ou, s'il s'agit d'une affaire dont la durée soit limitée, pour tout le temps que doit durer cette affaire* (b).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE MONTPELLIER. — Art. 19. Mais si elle est pour un certain genre d'affaires, elle ne doit être censée contractée que pour le temps de la durée de cette affaire.

---

(1) DELAMARRE et LEPOITVIN, t. II, n° 116. C'est dans cette erreur que sont tombés MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 65 ; *infrà*, n°s 931, 935.

Add. A ce n° 65, ces auteurs examinent la question de savoir sur qui tombe la perte de l'apport qui périt avant la livraison : question à examiner ci-après.

DURANTON, n° 390, dit ici : « Du reste dans le cas même où les parties conviennent que la société commencera à telle époque, par exemple au bout de six mois à la date de ce jour, il n'y a pas moins contrat dès à présent, et ce contrat n'est pas autre chose qu'un contrat d'association, dont l'inexécution, de la part de l'un des contractants, à l'époque convenue, pourrait donner lieu aux dommages-intérêts au profit des autres, si la société était du nombre de celles que chacune des parties n'a pas le droit de dissoudre à sa volonté, c'est-à-dire si elle était à temps ou pour une entreprise déterminée. Mais jusqu'à cette époque, chaque associé conserve la propriété et la jouissance des choses qu'il a promis de mettre dans la société.

« Si son objet est une certaine entreprise, par exemple la conduite des voitures publiques, on ne devra en commencer les opérations qu'à l'époque indiquée, ni plus tôt ni plus tard. Et si les parties sont convenues de travailler en commun, d'exercer leur métier ou profession dans un but d'intérêt commun, avec la déclaration que la société commencera, par exemple, au premier janvier prochain, jusqu'à cette époque chacune d'elles travaillera pour son avantage particulier. Tel est le sens de l'article 1843, quand il fait entendre que les parties peuvent faire commencer leur société à une époque ultérieure. Mais avant cette époque, et dès le contrat, il n'y a pas moins association, quoique les effets de cette association ne doivent commencer que plus tard. »

(2) L. 1, D. *Pro socio* (PAUL.) ; POTHIER, n° 64.

Add. *Jurisprudence.* — La souscription à un projet ou acte de société, quoique faite purement et simplement dans les actes, peut être considérée comme conditionnelle, si telle a été l'intention exprimée par le souscripteur dans une correspondance antérieure à l'acte de société, et comme telle non obligatoire, si la condition n'a pas été remplie ; tel serait le cas où il serait constant, d'après la correspondance, qu'un individu n'aurait souscrit au projet de société, que sous la condition qu'il serait caissier de la société, et où les sociétaires ne seraient plus à même de conférer cette place au souscripteur. En un tel cas, la signature de ce dernier a pu être déclarée non obligatoire vis-à-vis des sociétaires, et ceux-ci déclarés mal fondés dans leur demande en versement de la mise sociale de ce souscripteur (8 nov. 1830. Req. Bordeaux, Dufour. DALLOZ, XXX, 1, 391).

— Lorsqu'une société a été formée pour soumissionner une adjudication annoncée pour un jour fixe, il importe peu que l'adjudication ou la soumission ait été faite à une époque plus rapprochée ou plus éloignée, le contrat de société n'est pas moins obligatoire pour l'adjudicataire, dès qu'il résulte de la convention sainement entendue, que son objet principal et réel était de rendre les effets de la soumission communs aux parties (23 avril 1834. Req. Rouen, Nel. DALLOZ, XXXIV, 1, 238).

(3) *Suprà*, n° 133.

(4) *Infrà*, n° 526.

(5) Art. 59 du code de procédure civile.

(6) Idem.

(7) *Infrà*, n° 1031.

(8) Cassat., 27 février 1815 (SIREY, XV, 1, 188).

(b) OBSERVATIONS DU TRIBUNAT.

Art. 13, ainsi conçu : « S'il n'y a pas de convention sur la « durée de la société, elle est censée contractée pour la vie. » L'article 38 (1869 du code) veut que chacun des associés puisse faire cesser la société par une renonciation dûment notifiée; d'où il suit que, dans ce cas, la durée de la société est illimitée, et conséquemment que la disposition de l'art. 13 est modifiée par celle de l'art. 38.

Il est bon que cette modification soit annoncée par l'art. 13; on est convenu d'y faire, après ces mots, l'addition de ces termes : *sous la modification portée en l'art.* 38 (1869 *du code*).

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 65, § 10, leg. 55, § 6. — POTHIER. *Société*, n° 65, 2e alinéa.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1715. Conf. à l'art. 1844, C. F.
Sardaigne. — 1867. Id.
Haïti. — 1613. Id.
Hollande. — 1662. Id.
Canton de Vaud. — 1321. Conf. à l'art. 1844, C. F.
Louisiane. — 2825. Id.

2826. On peut faire dépendre d'une condition le contrat de société.

SOMMAIRE.

523. Conseil aux associés de s'expliquer clairement sur la durée de la société.
524. Présomptions de la loi, quand ils ont gardé le silence à cet égard.
Renvoi pour ce qui concerne la matière de la dissolution des sociétés. Liaison avec l'article suivant.

COMMENTAIRE.

523. Il ne suffit pas de savoir quand commence la société, il faut encore connaître quand elle doit finir. Les parties feront sagement de s'expliquer sur ce point important (1); Balde leur en faisait la recommandation, et le code de commerce en impose le devoir aux commerçants (2).

524. Si cependant le contrat était silencieux, la loi donne des présomptions, au moyen desquelles les difficultés seront aplanies. La société est censée contractée pour toute la vie des associés (3). Ou bien, si l'affaire est d'une durée limitée, comme, par exemple, l'exploitation d'un bail d'octroi, ou le commerce qui se fera pendant un voyage aux Antilles, la société est censée faite pour le temps que doit durer cette affaire.

Au surplus, notre article, en se référant à l'article 1869 du code civil, nous avertit que nous devons réserver pour le chap. IV nos explications sur la dissolution des sociétés (4). Nous passerons donc sur-le-champ à l'art. 1845, qui ouvre la série des principes relatifs aux mises.

Art. 1845. Chaque associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter (5).

Lorsque cet apport consiste en un corps certain et que la société en est évincée, l'associé en est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 11. *Chaque associé a contre son associé action, 1° pour lui faire apporter à la masse ce qu'il a promis d'y apporter; 2° pour lui faire rapporter à la même masse ce qu'il aurait perçu ou distrait du fonds commun.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 22. *Chaque associé est débiteur envers la société, de tout ce qu'il a promis d'y apporter; son obligation de livrer se règle par les principes établis en la section première du chapitre II, titre II du présent livre.*

Art. 23. *L'associé qui a promis d'apporter à la société un corps certain, est tenu, en cas d'éviction, de la même garantie envers la société, qu'un vendeur envers son acheteur.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 14. Conf. à l'art. 1845.

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 58, § 1; arg. ex leg. 3 in princip., *de act. empti et venditi.* — POTHIER. *Société*, nos 114, 109, 110, 1er et 2e alin., 112, 113.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1716. Conf. à l'art. 1845, C. F.
Sardaigne. — 1868. Id.
Haïti. — 1614. Id.
Hollande. — 1663. Id.
Canton de Vaud. — 1322. Id.
Louisiane. — 2827. Conf. à l'art. 1845, C. F.

2828. L'associé qui a promis d'apporter à la société un corps certain, est tenu en cas d'éviction de la même garantie envers la société qu'un vendeur envers son acheteur.

---

(1) *Suprà*, n° 233.
(2) *Ibid.*
(3) PAUL, l. 1, D. *Pro socio*; POTHIER, n° 65.
(4) Nos 868 et suiv.
(5) Copié dans POTHIER, n° 110

SOMMAIRE.

525. Chaque associé est débiteur de son apport, même non livré.
526. Il en est débiteur envers la société plutôt qu'envers chaque associé pris individuellement : d'où il suit qu'il ne peut compenser ce qu'il doit à la société avec ce que lui doit un associé.
527. L'obligation de l'associé est ou une obligation de donner ou une obligation de faire.
528. Différence entre ces deux obligations.
529. L'obligation de donner rend la société propriétaire : d'où il suit que le contrat de société est un titre onéreux et translatif.
529 2°. *Lorsque l'apport consiste en choses incertaines, ou déterminées seulement par leur espèce, la responsabilité de l'associé ne cesse que lorsque l'incertitude ou l'indétermination a elle-même cessé.*
529 3°. *Ordinairement l'incertitude ou l'indétermination ne cesse que par la livraison.*
529 4°. *Cas où, sans que la chose soit sortie des mains de l'associé, elle est devenue certaine et déterminée, et par conséquent a été aux risques de la société.*
530. Les fruits de la chose promise appartiennent à la société à partir du contrat.
530 2°. *Si la société est contractée sous une condition suspensive, les fruits échus avant l'accomplissement de la condition appartiennent à l'associé.*
531. Suite.
532. Des intérêts de l'apport consistant en argent et non encore payé. Renvoi.
533. L'associé débiteur doit faire à la société la tradition de la chose. Renvoi.
534. Les règles de la vente pour le défaut de contenance sont-elles applicables à la société ?
535. La chose étant livrée, si la société est évincée, l'associé est garant.
536. Il ne doit cependant de garantie que lorsque l'apport consiste dans un corps certain. Renvoi.
537. Quand il y a lieu à garantie, on suit les principes de la vente, *servatis servandis*.
538. *Quid* quand la mise consiste dans la jouissance d'une chose dont la société est évincée ?
538 2°. *L'associé débiteur de corps certain ne doit-il pas également être assimilé au vendeur, sous le rapport de la délivrance et de la garantie des défauts cachés.*
538 3°. *Si l'apport consiste en jouissance, l'associé est-il en principe obligé d'acquitter les charges des fruits ?*
538 4°. *Quelle serait la responsabilité de l'associé quand l'apport serait un brevet d'invention ?*
539. Renvoi pour d'autres questions de garantie.

COMMENTAIRE.

525. La tradition des mises n'est pas nécessaire pour donner à la société sa perfection (1) ; seulement, la promesse d'un apport crée un engagement de l'associé envers la société (2), et donne ouverture à l'action *pro socio* pour contraindre l'associé à s'en acquitter (3).

526. Avant d'entrer dans l'examen approfondi de cet engagement, je remarque que l'art. 1843 ne pose pas l'associé débiteur en face de ses coassociés pris individuellement. C'est avec la société qu'il le met aux prises ; c'est le corps moral distinct des associés qui lui donne pour créancier et pour contradicteur. La personne civile est mise en relief ; elle efface les individualités dont elle se compose (4). Cette remarque pourra se répéter souvent dans le cours de ce chapitre (5).

Mais tout d'abord elle nous suggère une importante solution : c'est que si l'associé débiteur de sa mise avait un débiteur parmi ses coassociés, il ne pourrait demander de compensation entre ce qu'il doit à la société et ce que lui doit son coassocié (6).

527. L'engagement de l'associé débiteur est, suivant les cas, une obligation de donner, ou une obligation de faire. L'associé qui a promis d'apporter de l'argent, des marchandises, des immeubles, est soumis à une obligation de donner ; mais celui qui a promis son industrie n'a contracté qu'une obligation de faire.

528. Entre ces deux sortes d'obligations il y a des différences d'effets sur lesquelles nous ne voulons pas nous appesantir. Bornons-nous à rappeler que l'article 1138 du code civil déclare que l'obligation de donner rend le créancier propriétaire (7), et que, d'après l'art. 1142, l'obligation de faire se résout en dommages et intérêts. On appliquera facilement ces deux principes au contrat de société, et l'on se gardera surtout de l'opinion des auteurs qui, d'après une mauvaise interprétation de l'art. 1867, ont cru qu'ils ne devaient pas régir ce contrat (8).

529. Ainsi, l'associé, par son obligation d'apporter de l'argent, ou des marchandises, ou des immeubles, a rendu la société propriétaire de ces choses. La pro-

---

(1) *Infrà*, nos 935, 931 ; *suprà*, no 522.

(2) *Infrà*, no 931. Sens du mot *promesse* dans cet article.

(3) **Add.** Op. conf. de **Duvergier**, no 141, où il dit : « Lorsque c'est la propriété même des choses qui forme l'apport d'un associé, et qu'il s'agit d'objets certains et déterminés, la société en est saisie du jour du contrat. On sait, en effet, que l'obligation de donner est parfaite par le seul consentement des parties, et qu'elle rend le créancier propriétaire (code civil, art. 1138).

« La rédaction obscure et équivoque de l'article 1867 (c'est Toullier qui la qualifie ainsi), pourrait faire supposer que la propriété de l'apport social n'est point transférée de l'associé à la société, par l'effet du seul consentement ; mais cet article sera expliqué en son lieu, et l'on verra qu'il n'établit pas une exception au droit commun. »

« La première obligation de chacun des associés envers la société, dit **Favard**, p. 221, *Société*, est celle d'effectuer la mise à laquelle il s'est soumis. Cette obligation est produite par le contrat même ; elle en est une suite immédiate et nécessaire, puisque c'est dans la réunion des mises ou apports promis par chacun des associés, que consiste essentiellement la société. Les autres obligations de chaque associé envers la société ne sont pas produites par le contrat même, elles n'en sont pas la suite immédiate et nécessaire ; elles ont bien leur source dans le contrat, mais elles sont fortuites et éventuelles, et subordonnées à quelques causes particulières. »

(4) *Suprà*, no 58.

(5) Art. 1846, 1847, 1848, 1849, 1850, 1851, 1852, etc.

(6) *Suprà*, nos 62, 73.

(7) Voy. mon *Comm. de la Vente*, no 39.

Add. Où nous présenterons le tableau de la doctrine. Op. conf. de **Favard**, p. 223, no 4.

(8) Voy. *infrà*, le comm. de l'art. 1867.

priété a été transférée de plein droit à la société, par la puissance de la convention (1). Peu importerait qu'avant la tradition l'associé eût vendu à un tiers l'immeuble qu'il avait promis d'apporter à la société ; ce tiers aurait acquis la chose d'autrui ; son achat tomberait devant la réclamation de la société (2). Ce n'est qu'autant que l'apport consisterait en meubles, que la tradition faite à un acheteur de bonne foi primerait le droit de la société (3). Je ne puis que renvoyer sur tous ces points, et sur d'autres qui en sont le complément, à mon *Commentaire de la Vente* (4). D'autant que notre article, comparant la société à un acheteur de l'apport social (5), lui applique les principes de la garantie, lorsqu'elle est évincée du corps certain apporté par l'un des associés.

On voit, du reste, par cette suite d'idées, que la société est un titre onéreux (6), puisque chacun contribue pour une part, et que, de plus, ce titre est translatif.

529 2° (7).

529 3° (8). **529** 4° (9).

530. Quant aux fruits de la chose promise, ils appartiennent à la société à partir du contrat, car ils suivent le sort de la propriété ; c'est ce qui faisait dire au jurisconsulte Paul : « Sed in societatibus, fructus « communicandi sunt (10). »

530 2° (11).

531. La somme des fruits pourra varier suivant que l'associé a été ou n'a pas été mis en demeure de livrer la chose. Dans le second cas, la société n'est créancière que des fruits réellements perçus par l'associé ; dans le premier, elle a droit à tous les fruits que l'associé n'a pas perçus et qu'il aurait pu percevoir (12).

532. Si l'apport consiste en une somme d'argent ;

---

(1) Mon *Comm. de la Vente*, n° 39.

(2) *Ibid.*, n° 43.

(3) *Ibid.*, n° 42, et art. 1141 du code civil.

Add. Les solutions ci dessus sont approuvées par DUVERGIER, nos 144, 145 ; nous y reviendrons à l'occasion du contrat de vente.

(4) *Loc. cit.* jusqu'au n° 49.

(5) *Infrà*, n° 535.

(6) FELICIUS, cap. IV, n° 42. Voy. *suprà*, n° 63, l'objection tirée d'un texte d'ULPIEN, l. 13, § 2, D. *præscript. verbis*, et la réponse. Voy. aussi n° 52.

(7) **Add.** *Lorsque l'apport consiste en choses incertaines ou déterminées seulement par leur espèce, la responsabilité de l'associé ne cesse que lorsque l'incertitude ou l'indétermination a elle-même cessé.* — DUVERGIER dit, n° 147 : « Le principe que le consentement transmet la propriété n'a pas d'application possible, lorsque le contrat a pour objet des choses incertaines, ou déterminées seulement par leur espèce.

« En conséquence, la responsabilité de la perte ne commence à peser sur la société, que lorsque l'état d'incertitude et d'indétermination des choses qui composent la *mise* a cessé. Avant ce moment l'associé ne peut prétendre qu'il est libéré, parce que sa mise a péri : *genus nunquam perit*. Il est donc de la plus haute importance de savoir par quels actes ou par quels faits ce qui était incertain ou indéterminé cesse de l'être ; à quel moment, les choses qui ne sont déterminées dans la convention que par leur espèce deviennent des individualités distinctes et nettement désignées. » Op. conf. de DURANTON, n° 396, de FAVARD, *Société*, p. 223, n° 5.

Op. conf. de DALLOZ, ch. I, sect. III, art. 1, § 2, n° 4, où il ajoute : « Il suit de là que si, par exemple, deux particuliers conviennent d'apporter chacun 1,000 francs dans une société qu'ils contractent ensemble, à l'effet d'aller acheter en divers pays certaines marchandises pour les revendre chez eux, et si avant l'exécution de cette convention, les 1,000 francs que l'une des parties destinait à ces opérations lui ont été volés, cette perte ne tombera point sur la société. Mais il en serait autrement si le vol des 1,000 francs était commis sur l'associé pendant qu'il voyagerait pour les affaires sociales. En emportant cette somme pour le voyage entrepris en exécution du contrat, l'associé est censé l'avoir payée à la société (l. 58, § 1, D. *Pro socio*) »

(8) **Add.** *Ordinairement l'incertitude ou l'indétermination ne cesse que par la livraison.* — DUVERGIER dit, n° 148 : « Ce changement s'opère par la livraison, par la remise effective que fait l'associé de certains objets. »

(9) **Add.** *Car où, sans que la chose soit sortie des mains de l'associé, elle est devenue certaine et déterminée, et par conséquent a été aux risques de la société.* — « Ce changement s'opère aussi quelquefois, dit DUVERGIER, n° 149, quoique les choses ne soient pas sorties des mains de l'associé. Il faut pour cela qu'elles aient été destinées par lui à la société, et même qu'il ait commencé à en faire emploi dans l'intérêt commun. Un exemple choisi par Pothier indique très-bien les deux circonstances, dont la réunion est nécessaire pour que les risques d'une chose non livrée passent, de l'associé qui en est resté détenteur, à la société.

« Nous avons contracté, dit-il, une société pour aller acheter, « en différentes provinces, certaines marchandises que nous « ferions venir ici pour les y revendre, et nous sommes convenus « d'apporter chacun mille écus dans cette société. Si avant « d'exécuter cette convention, des voleurs ont forcé votre coffre-« fort et vous y ont volé une somme de mille écus que vous des-« tiniez pour la société, cette perte ne tombera pas sur la so-« ciété ; car ces deniers qui vous ont été volés, non seulement « n'appartenaient pas à la société, mais on ne peut même dire « que c'était précisément de ces deniers qui ont été volés que « vous étiez débiteur envers la société. Mais si, étant parti pour « aller en marchandises, en exécution du contrat de société, vous « avez pris cette somme sur vous, et qu'on vous l'ait volée en « chemin, la perte tombera sur la société ; car vous êtes censé « avoir payé à la société la somme de mille écus que vous lui de-« viez, en emportant avec vous ces deniers pour le voyage que « vous faisiez en exécution de la société. Ces deniers sont par là « devenus les deniers de la société, dont le vol doit par consé-« quent tomber sur la société. »

« Cette espèce est tirée de la loi 58, ff. *Pro socio*, § 1, ainsi conçue : *Celsus tractat : si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia periisset, cui perierit ea? et ait : Si post collationem evenit ut pecunia periret, quod non fieret nisi societas coita esset, utrique perire ; ut puta si pecunia, cùm peregrè portaretur ad mercem emendam, periit. Si verò ante collationem, posteà quàm eam destinasses tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit.*

« J'ai cru devoir reproduire ce texte, parce qu'il montre mieux que la paraphrase de Pothier, premièrement qu'il faut quelque chose de plus qu'une destination pure et simple, pour mettre la somme due par l'associé aux risques de la société, et, en second lieu, que l'acte de l'associé qui a commencé son voyage, emportant avec lui l'argent nécessaire aux opérations sociales, équivaut à une réalisation de son apport. Celui qui a mis à part dans sa caisse la somme formant sa mise, exprime l'intention de la livrer à la société ; mais il ne la livre pas en réalité. Or, en pareille occasion, l'intention ne suffit pas, il faut des faits. Ce n'est pas ce qui sera, c'est ce qui est, qu'on doit considérer. »

(10) L. 38, § 9, D. *de usuris* ; POTHIER, n° 115.

(11) **Add.** *Si la société est contractée sous une condition suspensive, les fruits échus avant l'accomplissement de la condition appartiennent à l'associé.* — Ainsi l'enseigne DUVERGIER, n° 151, où il dit : « C'est du jour de l'accomplissement de la condition, dit Toullier (t. VII, n° 541), que les fruits appartiennent au créancier, parce que c'est à cette époque qu'il devient propriétaire, et que l'ancien propriétaire cesse de posséder de bonne foi. » Op. conf. de DURANTON, n° 395.

(12) POTHIER, n° 115.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 152, où il dit : « Il faut consulter ici les dispositions relatives à l'obligation de livrer, aux dommages-intérêts, pour défaut ou retard de livraison et au payement en général (code civil, articles 1136 et suivants, 1235 et suivants). »

le sort des intérêts est réglé par l'art. 1846 dont nous nous occuperons dans un instant.

533. Pour satisfaire à son obligation d'apport, l'associé doit faire à la société la délivrance de la chose. Les principes généraux sur l'obligation de livrer serviront de règle (1). Il est inutile d'en grossir ce livre déjà si étendu; car j'ai traité la plupart des questions qui ont trait à cette matière dans mon *Commentaire de la Vente*; et comme elles se présentent entièrement pareilles dans la société, je ne pourrais que me copier. On n'oubliera pas surtout les règles de la tradition; les circonstances dans lesquelles le législateur reconnaît que l'obligation de livrer a été remplie (2); l'influence de la force majeure qui, surprenant le débiteur de la chose avant toute mise en demeure, et la détruisant entre ses mains, la fait périr pour le créancier (3), c'est-à-dire, dans la matière qui nous occupe, pour la société (4). On verra, au surplus, dans le commentaire de l'article 1867, la réfutation des auteurs qui ont pensé, sur le fondement de cet article mal interprété, qu'avant la tradition, la chose devait périr pour l'associé par la force du principe *res perit domino*.

534. Je ne veux dire qu'un mot sur un point qui divise Duranton (5) et Duvergier, no 156 : il s'agit de savoir si l'art. 1619 du code civil, qui ne rend le vendeur responsable du défaut de contenance qu'autant qu'il y a erreur d'un vingtième, est applicable au contrat de société. L'affirmative, enseignée par Duranton, est combattue par Duvergier. Mais je ne trouve rien de concluant dans l'argumentation de ce dernier. Il se borne à demander un texte précis, et cela lui suffit pour conclure au rejet d'un article qu'il considère comme particulier au contrat de vente (6).

Je réponds : L'analogie de la société et de la vente n'est pas moins frappante sur ce point, que sur celui qui a motivé l'assimilation des deux contrats dans notre article. Quel a été le motif de l'art. 1619? C'est que l'expression de mesure emporte presque toujours dans les immeubles quelque chose d'incertain, et qu'il ne fallait pas se montrer à cet égard d'une sévérité qui n'aurait fait qu'attiser l'esprit de chicane (7). Or, je le demande, ce motif n'a-t-il pas la même force dans la société que dans la vente? N'est-ce pas lui qui a fait transporter l'article 1619 dans le contrat de louage (8)? Ne repose-t-il pas sur une vérité pratique

(1) Art. 1136 et suiv.; art. 1604 et suiv. du code civil; mon *Comm. de la Vente*, sur ces derniers articles et sur l'art. 1624, nos 359, 360, 403 et suiv.

(2) Art. 1605, 1606; mon *Comm. de la Vente*, nos 265 et suiv. ULPIEN pose une question de tradition, l. 58, § 1, *Pro socio*. *Junge* POTHIER, no 114.

(3) Art. 1138 du code civil; art. 1624 et mon *Comm. de la Vente*, nos 359, 360, 404 et suiv.

(4) POTHIER, no 114.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, no 142, d'après lequel l'article 1846 s'applique au cas où l'associé est débiteur d'un prix de bail à ferme consenti par la société.

On lit dans FAVARD, *Société*, no 4 : « Il est à remarquer cependant, que ce n'est que par forme d'indemnité, et de dédommagement du tort que l'associé a causé à la société par son retard, qu'il demeure débiteur de la chose qu'il avait promis d'y apporter, lorsqu'elle a péri après qu'il a été constitué en demeure, et par cette raison il n'en demeure débiteur qu'autant que cette chose n'eût pas péri si elle avait été apportée à la société, parce que si elle eût également péri, dans le cas où elle eût été apportée à la société, celle-ci n'éprouve aucune perte, aucun dommage par le retard de l'associé : d'où la conséquence qu'il ne peut lui devoir aucune indemnité (Pothier, no 111). »

(5) T. XVII, no 393.

(6) **Add.** Voici l'opinion de DUVERGIER : « Par le contrat de société, chaque associé transporte à ses consociés la propriété de sa mise, et il s'oblige à leur en faire la délivrance; de même, le vendeur transmet à l'acheteur la propriété de la chose vendue, et il est tenu de la lui livrer. Donc sous ce rapport, la vente et la société ont des effets semblables. Maintenant, de ce que la similitude existe sur ces deux points, doit-on conclure qu'elle s'étend nécessairement à d'autres, et notamment que toute règle relative à la délivrance d'une chose vendue est applicable à la délivrance d'un apport social? Non, sans doute. La transmission de la propriété et l'obligation de faire la délivrance sont des effets communs à la société et à la vente; parce que, dans l'une comme dans l'autre, il y a une obligation de donner qui emporte celle de livrer, et qui rend le créancier propriétaire par le seul effet du consentement. Mais là s'arrête la ressemblance. Le vendeur donne sa chose, pour recevoir un prix; l'associé, afin d'être admis à un partage de bénéfices éventuels. Cette différence est assez importante, pour qu'on ne puisse pas, de plein droit et sans examen, soumettre les deux contrats, dans leurs effets et dans leur exécution, à l'empire des mêmes règles. C'est à ceux qui prétendent que les articles faits pour la vente doivent gouverner aussi la société, à établir leur système. Il n'est pas probable qu'ils y réussissent. La règle générale est, que celui qui s'est obligé à donner une chose doit la donner telle qu'il l'a promise, et par conséquent, avec la contenance qui a été indiquée dans le contrat; c'est par exception que le vendeur jouit d'une certaine latitude. L'associé ne peut donc réclamer la même tolérance, car les exceptions sont de droit étroit. On ne doit pas les étendre, même lorsqu'il y a quelque analogie; à plus forte raison, lorsqu'il y a une différence aussi tranchée que celle que je viens d'indiquer.

« A la vérité, aux termes de l'art. 1846, en cas d'éviction il est dû garantie par l'associé à la société; et pour indiquer la nature et les effets de cette obligation, le législateur s'exprime ainsi : L'associé est garant envers la société, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur. Ce texte a inspiré à Duranton la pensée d'assimiler aussi l'associé au vendeur, en ce qui touche la délivrance, lorsque l'apport consiste en un immeuble. En d'autres termes, l'assimilation établie entre eux par la loi, pour la garantie en cas d'éviction, lui paraît autoriser l'assimilation au cas de déficit ou d'excédant de la contenance indiquée. Son raisonnement ne serait pas sans réplique, alors même que le déficit dans la contenance indiquée aurait le caractère d'une éviction; car le cas où la mise présenterait un excédant offrirait l'idée inverse. Mais, bien loin qu'au titre de la vente, la responsabilité du vendeur qui ne délivre pas tout ce qu'il a promis, soit confondue avec la garantie qu'il doit à l'acheteur évincé, elles sont l'objet de dispositions distinctes et séparées. Si le législateur avait eu l'intention d'étendre à la délivrance de l'apport social les dispositions relatives à la délivrance de la chose vendue, il ne se serait pas borné à rappeler les règles sur la garantie due au cas d'éviction. Lorsqu'il a jugé convenable d'appliquer au bailleur d'un fonds de terre ce qu'il avait précédemment établi à l'égard du vendeur, il s'en est expliqué en termes formels, sentant bien que, malgré l'analogie qui existe entre le louage et la vente, le bailleur et le preneur ne pouvaient pas, de plein droit, invoquer les textes relatifs au vendeur et à l'acheteur.

« Ainsi, lorsqu'il y aura excédant ou déficit de contenance, les tribunaux apprécieront s'il est assez considérable pour entraîner la résolution du contrat, ou si on doit se borner à accorder une indemnité, soit à la société, pour la couvrir de ce qu'elle a reçu en moins, soit à l'associé pour le payer de ce qu'il a livré en plus.

« Généralisant davantage, on peut dire que le contrat de société est régi par les dispositions placées au titre de la vente, qui ne sont que la conséquence et le développement des principes communs à toutes les conventions, par lesquelles on s'oblige à donner une chose; mais qu'on ne doit pas étendre d'un contrat à l'autre les règles spéciales à l'un d'eux et fondées sur sa nature particulière. »

(7) Mon *Comm. de la Vente*, no 339.

(8) Art. 1765, et mon *Comm.*, no 651.

et sur l'expérience de tous les jours, de telle sorte que si nous n'empruntions pas à la vente son art. 1619, nous tomberions dans l'absurdité d'une rigueur mathématique impraticable? Je vais même jusqu'à dire que cette disposition s'adapte plus parfaitement encore au contrat de société qu'au contrat de vente; car, dans la vente, le prix que paye l'acheteur n'a d'équivalent que dans la chose; et comme il paye le prix jusqu'au dernier centime, il semble qu'il soit en droit d'exiger que la chose lui soit livrée avec ses plus minimes parcelles. Mais, en matière de société, l'exactitude dans la contenance est bien moins considérable, attendu que les parts respectives dans les bénéfices n'ont pas été réglées (je parle en général) sur le nombre minutieusement exact de tant d'hectares de terre annoncés, mais bien plutôt sur la valeur de la chose accrue de la collaboration et de l'industrie de son propriétaire; et de là il suit qu'une erreur de moins d'un vingtième dans la contenance disparaît bien plus facilement dans le calcul des éléments d'égalité entre les parties.

535. Maintenant que nous venons de voir la chose délivrée, reste à voir ce qui advient si la société en est évincée. Je disais, à la fin du numéro 530, que l'article 1845, assimilant le contrat de société à la vente (1), donne à la société une action en garantie contre l'associé qui a fait la mise dont elle se trouve frustrée. La raison de cette assimilation se présente naturellement à l'esprit. Le contrat de société est commutatif comme le contrat de vente, et l'équilibre entre les obligations respectives serait rompu, sans l'action en garantie attribuée à la société contre l'associé qui manque à son obligation de la rendre propriétaire (2). On sait que ce sont ces idées qui ont fait introduire la garantie dans le contrat de vente (3).

536. Mais remarquez, avec notre article, que la garantie pour éviction n'a lieu que lorsque l'apport consiste dans un corps certain : il en serait autrement si cet apport consistait en une universalité de biens, comme dans les sociétés universelles (4). Dans ce cas, l'associé ne s'est pas engagé à apporter à la société tel ou tel immeuble déterminé; il n'a promis qu'une universalité; et quand même cette universalité se trouverait amoindrie par l'éviction de quelques objets particuliers, son obligation n'en serait pas moins remplie. Je renvoie à ce que j'ai dit dans mon *Commentaire de la Vente*, sur la vente d'une hérédité (5). On voit que les deux contrats continuent à marcher d'accord.

537. Le recours en garantie venant à s'ouvrir, on procédera à l'égard de l'associé garant comme à l'égard d'un vendeur, sauf cependant les exceptions commandées par la force des choses (6). Le législateur a sans doute pressenti ces exceptions; car il savait qu'il n'y a pas plus de similitude parfaite dans le droit que dans la nature; mais il s'en est rapporté à la sagacité de l'interprète pour les apercevoir : elles ne sont pas difficiles à signaler (7).

Ainsi, il ne faut pas de grands efforts pour comprendre que la société évincée n'ira pas demander à son garant la restitution du prix : elle n'en a pas payé, comme dans le cas de vente. Mais elle aura droit à des dommages et intérêts (8), et elle verra si, suivant les distinctions établies par les articles 1630, 1636, 1637 (9), pour les hypothèses d'éviction totale ou partielle, il y a lieu de demander la résolution de la société. Dans le cas où cette résiliation sera prononcée, les parties seront placées au même et semblable état qu'avant le contrat; car la condition résolutoire produit toujours un effet rétroactif (10). C'est une règle à laquelle Duvergier a fait de vaines tentatives pour échapper (11). Le défaut d'équité, que cet auteur aper-

(1) Quoiqu'il n'y ait pas parité parfaite. *Suprà*, n° 52, et ULPIEN, l. 13, § 1, D. *præscript. verbis*. Voy. l'explication de cette loi, n° 63.

(2) POTHIER, *Société*, n° 113.

(3) Mon *Comm. de la Vente*, n° 415.

(4) POTHIER, n° 114; DELVINCOURT, t. III, notes, p. 228; DUVERGIER, n° 167.

Add. Op. conf. de FAVARD DE LANGLADE, p. 223, n° 3; de DALLOZ, *Société*, chap. I, sect. III, art. 1, § 2, n° 1; de DELVINCOURT, t. VII in-8°, p. 300.

(5) N°ˢ 953, 954.

(6) **Add.** PARDESSUS, n° 988, dit ici : « Tout associé doit garantir à la société ce qu'il y a conféré, et la nature des choses, plutôt que l'analogie des contrats, rend cette obligation semblable à celle que nous avons vu (n° 282) être imposée à un vendeur. Ainsi lorsqu'un tiers, prouvant que l'objet apporté par l'un des associés lui appartient, est admis à le revendiquer contre la société, l'associé qui doit s'imputer cette éviction est obligé d'en payer la valeur, ou, quand cela se peut, d'en fournir un également propre au but proposé. Si la société ne peut subsister sans l'objet même dont elle est évincée, il doit indemniser ses associés comme tout associé qui, par sa faute, cause la dissolution de la société. »

(7) POTHIER, que le code a copié, se borne aussi à renvoyer aux principes de la garantie en matière de vente.

(8) Mon *Comm. de la Vente*, n°ˢ 502 et suiv.

(9) Le comm. de ces articles, *Vente*, numéros 486, 512 et suivants.

(10) Mon *Comm. de la Vente*, n°ˢ 575, 652.

(11) N°ˢ 160 et 161.

Add. Où il dit : « La résolution de la société devrait même toujours être prononcée *ab initio*; car la condition résolutoire a un effet rétroactif, et met les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé. Toutefois, lorsque la société aura joui paisiblement de la mise sociale, que des bénéfices considérables lui auront été procurés par la possession temporaire qu'elle aura eue, ce serait une dureté extrême que de considérer la convention comme non avenue, et de priver l'associé de toute participation à des bénéfices que sans lui la société n'aurait pas faits. En pareille occurrence, l'équité commande d'apporter quelque tempérament aux conséquences qui dérivent des règles du droit sur l'effet des conditions résolutoires; et pour concilier ce qui est juridique et ce qui est équitable, on peut dire que l'associé a exécuté son obligation, pendant tout le temps que la société a été en possession de l'apport; que par conséquent, le contrat ne doit être déclaré résolu que du jour de l'éviction; ou bien que, l'éviction n'étant que partielle, il y a lieu de réduire proportionnellement les effets de la garantie. La société, privée de l'apport de l'un des associés, après en avoir joui pendant une certaine période, présente quelque analogie avec un acheteur qui est évincé après un certain temps, lorsque ce sont des prestations, dont la durée est limitée à un terme fixe, ou des animaux dont la vie a nécessairement des bornes, qui lui ont été vendus. Or, on décide que l'éviction que souffre cet acheteur n'est que partielle, et que le vendeur n'est pas tenu à la restitution entière du prix. Il semble que, par la même raison, l'associé doit conserver ses droits dans la société pour le passé, que c'est donner à la garantie toute l'extension convenable que de résoudre la société pour l'avenir, sans préjudice des dommages-intérêts qui pourront être prononcés selon les circonstances.

« Même après ces explications, il reste de graves difficultés pour déterminer avec exactitude et précision les effets de la garantie due par l'associé. L'acheteur de prestations temporaires ou d'un animal dont les services sont quotidiens, perd, par l'éviction, un certain nombre de prestations, une certaine somme des services de l'animal, c'est-à-dire une partie facilement calculable de ce qu'il a acheté. Il est tout simple d'obliger le vendeur à lui rendre une partie correspondante du prix. Mais la société, à qui une chose a été apportée en toute propriété, pour qui elle devait être une source de bénéfices, et qui en est évincée, quelle quotité perd-elle de l'apport? Il est bien difficile de l'apprécier;

soit dans la position faite à l'associé par la stricte application des principes de la vente, ne me frappe en aucune manière. Je ne vois pas pourquoi l'associé serait plus favorable qu'un vendeur. Et d'ailleurs, quand même je le verrais, je serais arrêté par la disposition impérative de notre article. Tout ce que j'accorde, c'est que si l'associé, dont la mise est enlevée à la société, a donné sa collaboration, il lui en sera tenu compte dans le calcul des dommages et intérêts; car nul ne doit s'enrichir au préjudice d'autrui.

538. Lorsque la mise consiste dans la jouissance d'un corps certain, comme une maison, une usine, une machine, et que la société en est évincée, on prend pour point de départ les idées que j'ai exposées dans mon *Commentaire de la Vente*, n° 494. La société a acquis un droit qui a beaucoup de rapports avec l'usufruit (1) : elle doit être garantie comme dans le cas de vente d'un usufruit.

Duranton aime mieux comparer l'associé à un bailleur et la société à un preneur (2), et il renvoie aux règles de la garantie en matière de louage (3). L'article 1867 (4) peut venir au secours de cette assimilation; mais l'art. 1845, plus topique et plus direct, tranche la question dans le sens de la garantie imposée au vendeur : il doit avoir la préférence.

Du reste, bien qu'en général les conséquences de la garantie soient à peu près les mêmes dans le cas de vente et dans le cas de bail, il y a cependant quelques différences; elles suffisent pour qu'on se garde d'une confusion de nature à jeter dans une fausse voie.

Ainsi, par exemple, l'acheteur, dépouillé par l'effet d'une prescription commencée avant la vente et accomplie depuis, n'a pas de recours contre son vendeur (5); et cette vérité est applicable à l'acheteur d'un usufruit aussi bien qu'à l'acheteur d'un immeuble, etc. (6).

Au contraire, le preneur, qui n'a pas le pouvoir d'interrompre la prescription, a un recours contre le bailleur dans le cas où la prescription l'évince. Si donc la société est comparable à un acheteur, elle n'aura pas de recours en garantie; elle en aura un, s'il faut la comparer à un preneur (7).

Mais comment trouver dans la position de la société les conditions où se trouve un preneur? Elle doit agir pour conserver la chose : c'est son droit, c'est son devoir. De qui donc pourra-t-elle se plaindre, si ce n'est d'elle-même, dans le cas où une prescription accomplie depuis l'apport la priverait de la chose?

Duvergier a très-bien fait ressortir ce point; mais il aurait dû le compléter par une remarque qui lui a échappé. C'est que l'assimilation faite par notre article entre l'associé et le vendeur n'est pas tellement parfaite, que le législateur ne s'en écarte quelquefois. Nous le verrons bientôt dans l'art. 1867, qui fait prévaloir l'analogie de l'associé avec le preneur (8). Duvergier a, au contraire, le tort de vouloir trouver partout une conformité parfaite entre l'associé et le vendeur; et c'est l'influence de cette fausse idée qui lui fait dire que l'associé n'est pas obligé de faire jouir la société, qu'il est libéré quand il lui a fait avoir la jouissance. Comment! l'associé n'est pas obligé à *præstare uti frui* lorsqu'il a mis dans la société la jouissance d'une chose? Mais que signifie donc l'article 1867, qui veut que la société soit résolue si l'associé ne la fait pas jouir? La vérité est que le code, interprète de l'expérience du passé, a repoussé les idées absolues, les comparaisons inflexibles, et qu'il s'est renfermé dans un judicieux éclectisme pour maintenir le contrat de société à la hauteur de la plus pure équité.

538 2° (9).

538 3° (10). **538** 4° (11).

---

d'autant que les bénéfices de chaque mise sociale ne sont pas toujours également répartis dans toute la durée de la société, et que souvent, c'est après une longue attente qu'on recueille le fruit des combinaisons dans lesquelles est entré l'apport de chaque associé.

« Ainsi, lorsque la société éprouvera l'éviction d'une mise, on décidera que le contrat est résolu *ab initio*, ou seulement du jour de l'éviction, si la résolution *ab initio* devait entraîner des résultats iniques. Quand la société aura retiré de l'apport, des bénéfices, on les imputera sur les dommages-intérêts, dont le chiffre sera fixé, en prenant en considération la valeur intrinsèque des choses composant la mise, le but de la société, l'époque de l'éviction, et les circonstances dans lesquelles elle a lieu. »

(1) PROUDHON, t. III, n°s 1460 et suiv.; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 71; DUVERGIER, n°s 168, 193, 426; *infrà*, n° 581.

(2) T. XVII, n° 393.

Add. Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, n° 527.

DUVERGIER ajoute ici : « Duranton reconnaît lui-même à quelques pages de distance que la société doit être assimilée à un usufruitier.

(3) Mon *Comm. du Louage*, n°s 280 et suiv.

(4) *Infrà*, n°s 943, 944.

(5) Mon *Comm. de la Vente*, n° 425.

(6) PROUDHON, t. I, n°s 35 et suiv., et t. IV, n° 216; TOULLIER, t. III, n° 435.

(7) *Junge*, DUVERGIER, *loc. cit.*

(8) *Infra*, n°s 1033, 1034.

(9) **Add.** *L'associé débiteur de corps certain ne doit-il pas également être assimilé au vendeur, sous le rapport de la délivrance et de la garantie des défauts cachés.* — MAZERAT sur DEMANTE, répond, n° 526 : « L'art. 1845 soumet l'associé débiteur d'un corps certain à la garantie pour cause d'éviction de la même manière qu'un vendeur est tenu envers son acheteur. Nous devons lui appliquer également les dispositions de la vente relatives à la délivrance, et à la garantie des défauts cachés. Il y a identité de motifs pour cela, et, *ubi eadem ratio, ibi idem jus* (voy. Pothier, n° 113), la société étant comme la vente un contrat commutatif. »

(10) **Add.** *Si l'apport consiste en jouissance, l'associé est-il, en principe, obligé d'acquitter les charges des fruits?* — Cette question doit être résolue par l'affirmative, ou la négative, suivant qu'on assimile la société à un usufruitier ou à un preneur à bail : c'est ce que pense MAZERAT sur DEMANTE, lorsqu'il dit : « Sauf convention contraire, l'associé qui n'a apporté que la jouissance de son bien est obligé d'acquitter les charges des fruits, comme le bailleur. On avait proposé le contraire dans la discussion de ce titre, mais cette opinion a été rejetée. Ainsi, l'associé sera tenu, comme le bailleur, des impôts et des réparations d'entretien. *Secùs*, si la société eût été considérée comme usufruitière. Voy. art. 605, 608, 1728, 1730, 1732 et 1755 comparés. »

(11) **Add.** *Quelle serait la responsabilité de l'associé quand l'apport serait un brevet d'invention?* — MALEPEYRE et JOURDAIN répondent, n° 71 : « Dans le cas où l'apport de l'un des associés consisterait en un brevet d'invention, l'associé qui l'apporterait ne serait pas garant de la bonté du procédé ou des avantages que la société se promettait d'en tirer, il ne devrait pas même garantie de la réalité de la découverte, ni du droit exclusif que le brevet confère à la société, de telle industrie pendant le temps qu'il détermine, à moins qu'il ne s'y fût expressément obligé. C'est aux associés à examiner le mérite de la découverte, et à s'assurer si elle introduit réellement un procédé nouveau dans les arts. »

PARDESSUS, n° 988, dit au contraire : « L'analogie *avec la vente* sert encore à décider les questions qui s'élèveraient dans le cas où la mise d'un associé consisterait en une chose incorporelle, par exemple dans la jouissance de dessins d'étoffes, brevets d'invention, productions littéraires, qui seraient déjà propriétés publiques, ou dont cet associé ne se serait pas assuré la propriété exclusive, par l'observation des formalités dont nous avons parlé sus n°s 160 et suiv. »

539. Quant aux questions qui pourront s'élever pour savoir s'il y a eu éviction, je renvoie à mon *Commentaire de la Vente* (1), mon intention n'étant pas de refaire ici un traité de la garantie.

Art. 1846. L'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a pas fait, devient, de plein droit et sans demeure, débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être apportée.

Il en est de même à l'égard des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, à compter du jour où il les en a tirées pour son profit particulier.

Le tout sans préjudice de plus amples dommages et intérêts.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 924. *L'associé qui a promis de mettre une somme dans la société, en doit les intérêts, du jour qu'il a été constitué en demeure.*

Art. 925. *Il doit aussi les intérêts de la somme qu'il a retirée du fonds commun, pour l'employer à ses affaires particulières.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 23. *L'associé qui a promis de mettre une somme dans la société, en doit les intérêts du jour où il s'est obligé de la fournir.*

Il doit également les intérêts des sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, du jour qu'il les en a tirées (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 15. Conf. à l'art. 1846.

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — (Art. 23 du projet.) Ce n'est pas du jour où l'associé s'est obligé que les intérêts doivent courir, mais du jour auquel il s'était engagé de réaliser le versement des sommes par lui promises.

TRIB. D'ORLÉANS. — Art. 23 (premier alinéa). *Du jour où il s'est obligé de la fournir*, sorte d'équivoque qui disparaît en disant : *du jour où il a dû la fournir.*

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 60; lib. XXII, tit. I, leg. 1, § 1; *de usur.*, leg. 28, § 9. — POTHIER. *Société*, n°s 109, 115 116, 119.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1717. Conf. à l'art. 1846, C. F.
Sardaigne. — 1869. Id.
Haïti. — 1615. Id.
Hollande. — 1664. Conf. à l'art. 1846, C. F.
Canton de Vaud. — 1323. Id.
Louisiane. — 2829. Id.

SOMMAIRE.

540. L'associé doit de plein droit les intérêts des sommes qu'il a promises.
541. Raison de cette exception à l'art. 1153 du code civil.
541 2°. *Différence entre l'acheteur et l'associé.*
542. Outre les intérêts, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Raison de cette autre exception à l'art. 1153.
542 2°. Quid *des fruits de l'immeuble que l'associé a différé de mettre en société ?*
542 3°. *Les dommages-intérêts pourraient-ils être dus sans mise en demeure ?*
543. Il en est de même des sommes que cet associé a prises dans la caisse sociale.
544. L'associé qui a puisé dans la caisse sociale est facilement présumé avoir fait tourner les fonds à son avantage.
544 2°. *Lorsque le gérant d'une société ne peut justifier de l'emploi des fonds sociaux, n'est-il pas réputé les avoir employés à son profit, et n'en doit-il pas l'intérêt de plein droit ?*
545. Mais ceci ne concerne pas le cas où l'acte de société autorise les associés à prélever une somme annuelle pour leurs besoins, ou à percevoir des intérêts à prendre à même le capital. Renvoi.
546. *Quid*, dans les sociétés universelles, du prélèvement fait par l'associé pour ses besoins, bien que le contrat ne parle pas de ce prélèvement ?

COMMENTAIRE.

540. D'après le droit commun, exprimé dans l'article 1153 du code civil, les intérêts ne courent que du jour de la demande en justice. Pothier pensait que cette règle est applicable à l'associé qui doit à la société la somme d'argent formant sa mise (2).

Le code, plus sévère et, il faut le dire, plus juste, en a décidé autrement. L'art. 1846, par une sage exception à l'art. 1153, veut que l'associé, qui devait apporter une somme dans la société et qui ne l'a pas fait, soit de plein droit débiteur des intérêts de cette somme, à compter du jour où elle devait être apportée.

541. La raison de cette disposition est sensible ; une société ne se forme pas pour laisser ses capitaux dans l'oisiveté ; le travail est son élément, le gain sa perspective et son but (art. 1833). L'associé qui lui a promis des fonds n'a donc pas besoin d'être interpellé pour savoir qu'il cause à la société un préjudice réel en retenant par devers lui des capitaux qu'elle ferait

(1) T. I, sur l'art. 1646.

(2) N° 116.

fructifier. Il est mis en demeure de plein droit par la nature même de la société, qui est un état incessant de fructification (1).

541 2° (2).

542. Il y a plus : il ne doit pas seulement les intérêts de plein droit ; il peut même être condamné à des réparations plus considérables, si son retard a fait manquer quelque bonne opération à la société, ou l'a empêchée de remplir ses obligations envers des tiers qui ont obtenu contre elle des indemnités (3). L'article 1153 du code civil est ici sans autorité. La disposition finale de notre article place, avec raison, l'associé sous des règles plus rigoureuses, qui ne sont que des règles de justice (4).

542 2° (5).

542 3° (6).

543. Un associé, qui prend des fonds dans la caisse sociale pour ses affaires particulières, est également tenu de plein droit des intérêts, à partir du jour où il les en a retirés (7). Il peut même être condamné, s'il y a lieu, à de plus amples dommages et intérêts. Un tel emprunt réveille chez le jurisconsulte Pomponius l'idée d'une invasion du fonds social (*invaserit*). Il n'est pas plus favorable que le cas de

---

(1) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 78, où ils ajoutent : « On a pensé que l'équité ne permettait pas que l'associé qui profite des opérations qui sont faites avec les capitaux de la société tire également un intérêt de ceux qu'il doit à la société ; qu'il fallait de plus éviter toute procédure et toute cause d'aigreur entre associés ; qu'enfin la privation de l'argent promis pouvant être pour la société la cause d'une perte considérable, ou la priver d'un bénéfice résultant d'une opération lucrative, l'associé en retard de fournir son contingent devait l'indemniser du préjudice qu'elle avait souffert. Ici le législateur s'est départi de l'extrême rigueur qu'il montre encore pour tout ce qu'il considère comme usure, et il serait à désirer qu'il introduisît de grands adoucissements à cet égard dans nos lois. Un intérêt bien supérieur à l'intérêt légal n'est pas toujours injuste ou pernicieux pour la société. Il est sans doute difficile de concilier toujours la protection due à la faiblesse, à l'inexpérience ou même au besoin passager, avec les intérêts commerciaux et la liberté des transactions ; mais la plupart des législateurs ont porté la rigueur contre ce qu'ils appellent le délit d'usure jusqu'à l'injustice. Aussi leurs lois, comme toutes celles qui sont contraires aux nécessités de la société, ont-elles été éludées, et le jour n'est pas éloigné sans doute où l'usure sans manœuvres coupables, sans abus et sans excès relatifs, ne sera plus considérée comme un délit. »

VINCENS ajoute, t. Ier, p. 295 : « Le capital est pour la société comme la principale machine d'un manufacturier, ou l'outil le plus nécessaire d'un ouvrier, aux mains duquel l'intérêt d'une somme d'argent égale à sa valeur n'en saurait remplacer l'usage. »

(2) **Add.** *Différence entre l'acheteur et l'associé.* — O. LECLERCQ, après avoir rappelé que l'acheteur doit l'intérêt du prix de la vente jusqu'au payement du capital, lorsque la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus, ajoute : « Il y a cependant une différence entre l'acheteur et le sociétaire débiteur d'une somme. Le premier doit les intérêts du prix, même dans le cas où on lui aurait donné un terme pour payer, je crois qu'il doit ces intérêts avant l'échéance du terme, tandis que le second ne les doit que du jour où la somme due devait être payée. Quels sont les motifs de cette différence ?

« L'acheteur ne doit les intérêts, que lorsque l'objet vendu produit des fruits ou autres revenus, et qu'il a été livré ou qu'il en jouit : il retire donc des revenus qui compensent les intérêts, ou il paye ceux-ci avec les fruits. Dans tout autre cas, ou lorsque la chose vendue ne produit point de revenus, il ne doit point l'intérêt de son prix ; il ne le doit qu'après une sommation et seulement du jour qu'elle est faite, et on ne peut lui en faire lorsqu'il a un terme pour payer. Lorsque les sociétaires ont donné un terme à leur associé pour verser la somme qu'il a promise, et qu'ils n'ont point stipulé d'intérêts, ils ont sans doute cru que la société ne ferait point de gains pendant ce temps, ou qu'ils seraient compensés par d'autres objets ; on ne peut donner d'autres motifs du terme accordé sans stipulation d'intérêts.

« L'associé débiteur doit donc être considéré, pendant la durée du terme accordé pour payer, comme l'acheteur d'une chose qui ne produit pas de fruits ou de revenus ; mais on ne peut plus faire cette supposition après l'échéance du terme ; alors, soit que la société gagne, soit qu'elle ne gagne pas, il doit payer les intérêts. La chance de ce dernier cas est compensée par le non-payement des intérêts pendant la durée du terme. Dans la vente on ne peut jamais faire cette supposition ; il est toujours certain que le bien vendu produit des fruits ou des revenus, ou qu'il n'en produit pas. Dans le premier cas, l'acheteur paye l'intérêt du prix ; dans le second, il n'en paye pas. Cette certitude n'existe pas dans la société. Le législateur s'en est donc rapporté à la volonté des parties ; et quand il serait sûr que des biens versés dans la société produisent des fruits, ils peuvent être compensés par l'industrie de l'associé débiteur, et on a sapé toutes les difficultés qui pourraient naître, par la disposition que nous examinons. »

(3) **Add.** PARDESSUS ajoute, n° 1077 : « Si, sur la demande de ses associés, il a été condamné, pour cette inexécution de ses engagements, à des dommages-intérêts, il en est également débiteur ; mais s'ils ont laissé la fin de la société arriver, sans les demander, ils n'y semblent plus fondés. »

MAZERAT sur DEMANTE, n° 553, ajoute : « L'art. 1153 qui semble ne faire exception que pour le commerce et le cautionnement, n'est pas limitatif ; et l'art. 1846, rapproché de l'art. 1673, ne laisse aucun doute sur notre solution. » D'après cet auteur l'art. 1846 s'applique aux sociétés civiles.

DELVINCOURT, t. VII in-8°, p. 300, donne cet exemple : « Si, par exemple, tous les fonds mis dans la société devaient être employés à l'acquisition d'une partie de marchandises, sur laquelle la société eût fait un bénéfice quelconque, et que le défaut de versement, de la part de l'un des associés, ait fait manquer l'opération, il est clair que l'associé en retard doit indemniser ses coassociés ; mais alors il ne doit pas les intérêts, qui se trouvent compris dans l'indemnité.

« L'associé qui apporte son industrie, doit compte à la société de tous les gains qu'il fait par l'espèce d'industrie qui est l'objet de la société. »

(4) DUVERGIER, n° 155.

(5) Quid *des fruits de l'immeuble que l'associé a différé de mettre en société ?* — MALLEVILLE dit, sur l'art. 1846 : « On a demandé si l'associé qui a promis d'apporter un immeuble dans la société doit compte des fruits de plein droit à l'échéance du terme. Je crois l'affirmative d'après notre article et par parité de raison. »

Op. conf. de DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. III, art. 1er, § 2, n° 6, où il cite la loi 18 ou 38, § 9, D. *de usuris* ; de MAZERAT sur DEMANTE, n° 553 ; de DELVINCOURT, t. VII in-8°, p. 297 : « L'associé est censé vendeur à l'égard de la société ; or, dans la vente, les fruits appartiennent à l'acheteur, du moment du contrat. Enfin, dès que la société est propriétaire, elle a droit aux fruits. » Op. conf. de DURANTON, n° 398.

(6) *Les dommages-intérêts pourront-ils être dus sans mise en demeure ?* — MAZERAT sur DEMANTE, n° 553, répond : « Je pense, nonobstant l'art. 1146, que les dommages-intérêts excédant l'intérêt légal peuvent être dus sans mise en demeure. En effet, les intérêts légaux sont eux-mêmes des dommages-intérêts. Pourquoi l'excédant de ces dommages-intérêts ne pourrait-il donc être réclamé qu'après la mise en demeure ? D'ailleurs, l'art. 1846 est rédigé en ce sens ; l'associé devient, *de plein droit et sans demande*, débiteur des intérêts de cette somme, etc., *sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.* Donc la règle est la même pour tous, donc ils sont tous dus sans demande. Cependant j'avoue que cet avis est contestable. »

(7) *Textus hic*, et POMPONIUS, l. 1, § 1, D. *de usuris*, et l. 60, D. *Pro socio* ; POTHIER, *Société*, n° 119.

retard dans le payement de la mise (1). Cet associé, qui s'est servi des fonds de la société pour son propre avantage, peut avoir privé la société des bénéfices d'une bonne spéculation, tandis que lui aura beaucoup gagné à cet emploi individuel. N'est-il pas juste que toutes ces circonstances soient prises en considération pour donner à la société ses légitimes réparations (2)?

544. Il suffit qu'il soit constant qu'un associé a puisé dans la caisse sociale pour qu'on présume que les sommes par lui retirées ont été appliquées à ses besoins (3). C'est à lui à prouver qu'il s'en est servi dans l'intérêt commun, à moins qu'il ne soit l'administrateur de la société.

544 2° (4).

545. Tout ceci ne concerne pas le cas où le contrat de société autorise les associés à prélever une somme annuelle pour leurs besoins particuliers. On sait que cette clause se rencontre fréquemment. Savary la reproduit dans toutes les formules qu'il a données de contrats de sociétés commerciales.

Nous avons également montré ci-dessus (5) que notre article n'est pas applicable lorsque les statuts portent que le capital versé sera frappé d'un prélèvement pour servir des intérêts aux associés. C'est là une délibation du capital, consentie par tous les associés et étrangère au texte comme à l'esprit de l'article 1846.

546. Dans les sociétés universelles, où tombent tous les revenus des associés (6) et où la caisse sociale est chargée des dépenses personnelles d'entretien des associés (7), la société n'a rien à réclamer en capital et intérêts contre celui des associés, qui a pris dans la caisse commune ce qui n'excédait pas la juste mesure de ses besoins (8).

Art. 1847. Les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société, lui doivent compte de tous les gains qu'ils ont faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 923. *La mise des associés peut n'être pas du même genre ni de la même quotité.*

L'un d'eux peut fournir des fonds, et l'autre son industrie.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 24. *Les associés qui se sont réciproquement obligés d'apporter à la société leur industrie, lui doivent compte de tous les gains que chacun a faits par l'espèce d'industrie qui est l'objet de cette société* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 16. Conf. à l'art. 1847.

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE MONTPELLIER. — Art. 24. La disposition de cet article ne paraîtrait pas juste, si l'associé dont l'industrie fait la mise dans la société, faisait un travail extraordinaire dont l'associé n'eût point à souffrir, et dont il ne serait point censé s'être privé : par exemple, un commis qui aurait promis son travail pour les écritures dans une société, pourrait profiter des écritures qu'il ferait pour autrui, sans porter préjudice à la société à laquelle il appartient, et à laquelle il ne doit que le temps relatif au travail exigé pour les affaires de la société.

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 52, § 5. — POTHIER. *Société*, no 32, 2e alin., et no 120 ; no 92, 1er alin., et no 123.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1718. Conf. à l'art. 1847, C. F.
Sardaigne. — 1870. Id.
Haïti. — 1616. Id.
Hollande. — 1663. Conf. à l'art. 1847, C. F.
Canton de Vaud. — 1324. Id.
Louisiane. — 2850. Id.

---

(1) DUVERGIER, no 346.

(2) Arrêt de Grenoble du 4 mars 1826 (DALLOZ, XXVII, 2, 40).

Add. Op. conf. de DUVERGIER, no 346, où il dit : « Il faut notamment reconnaître que, si l'associé qui fait usage à son profit personnel des sommes appartenant à la société, l'empêche par là de remplir ses obligations et lui cause une perte quelconque, s'il lui fait manquer une opération qui lui eût procuré des bénéfices, il lui devra une somme égale à la perte qu'elle aura subie, ou au bénéfice dont elle aura été privée, cette somme fût-elle supérieure aux intérêts calculés au taux légal. »

On lit dans DALLOZ, no 14 : « Delvincourt pense, conformément à l'opinion de Savary, parère 50, que les intérêts des sommes tirées du fonds commun pour le profit personnel de l'une des parties, sont dus non-seulement jusqu'à la dissolution, mais encore jusqu'à la liquidation de la société. L'associé qui les a prises dans la caisse sociale est censé en avoir profité jusque-là. »

(3) Arg. d'un arrêt de la cour de cassation du 22 mars 1813 (SIREY, XIII, 1, 386 ; DUVERGIER, no 345).

(4) *Lorsque le gérant d'une société ne peut justifier de l'emploi des fonds sociaux, n'est-il pas réputé les avoir employés à son profit et n'en doit-il pas l'intérêt de plein droit ?* — MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIÆ... MAZERAT sur DEMANTE, répond, no 553 ; « Si le gérant d'une société ne peut justifier de l'emploi des fonds sociaux, il est réputé les avoir employés à son profit, sauf la preuve contraire. Par conséquent, il en doit l'intérêt de plein droit du jour où ces deniers ont été pris dans la caisse sociale (arg. de l'art. 1996 ; voyez cour de cassation, 22 mars 1813).

(5) Nos 190, 191.

(6) *Suprà*, nos 273, 288.

(7) *Suprà*, no 297.

(8) POTHIER semble aller plus loin, no 119 ; mais son opinion ne doit-elle pas être limitée comme je le fais ?

Add. DALLOZ dit, *Société*, ch. 1, sect. III, art. 1er, § 2, no 13, d'après POTHIER, no 119 : « Dans les sociétés universelles, les intérêts des sommes tirées de la masse commune pour les affaires particulières de l'un des associés, ne courent que du jour de la dissolution de la société ; tant qu'elle dure, il se fait confusion de ces intérêts qui sont une charge des revenus des biens de l'associé, lesquels tombent dans la société. »

Jurisprudence. — Tant que dure la communion, il y a présomption que les communistes jouissent chacun à proportion de ses droits, et qu'ils se prévalent annuellement de leur part dans les produits réalisés en commun. Dès lors il n'y a respectivement lieu à aucun compte de fruits ou d'intérêts entre les parties (7 mai 1831, Grenoble, Sestier. DALLOZ, XXXII, 2, 207).

SOMMAIRE.

547. L'industrie promise à la société lui doit compte de tous ses gains.

547 2°. *Examen critique de l'art.* 1847.

548. Dans les sociétés particulières, ceci ne doit être entendu qu'en ce sens, savoir, que l'associé ne doit que les bénéfices de l'industrie qu'il a promise, et non pas les bénéfices d'une autre industrie qu'il exercerait simultanément.

549. Du reste, l'exercice de cette seconde industrie doit être loyal, et réglé de manière à ne pas porter préjudice à l'industrie promise à la société.

549 2°. *Les empêchements de force majeure ne peuvent être cause de dommages-intérêts contre l'associé.*

550. *Quid* dans les sociétés universelles?

COMMENTAIRE.

547. L'art. 1837 s'occupe du cas où la mise de l'un des associés consiste dans son industrie (1).

Tout associé ne doit pas nécessairement compte de son industrie à la société. Il y a des membres qui ne donnent que leur argent et ne s'engagent pas à prendre part à l'administration; il y a même des sociétés, la société en commandite, par exemple, où l'associé commanditaire se compromettrait gravement en faisant entrer son industrie dans le mouvement de l'association. Mais, d'un autre côté, il se rencontre très-souvent des associés qui n'apportent que leur industrie, ou d'autres qui, en associant leurs fonds, veulent que leur industrie entre dans la société comme auxiliaire de l'intérêt commun et comme garantie de leur intérêt propre. Comment cet apport industriel se réalise-t-il? Comment l'associé épuise-t-il son engagement d'*apporter* son industrie?

L'industrie se traduit par des actes, et ces actes sont une source de gains. Et comme la société n'est elle-même qu'une combinaison de moyens pour arriver à des gains, il s'ensuit que l'industrie qu'elle s'est donnée pour auxiliaire ne se rendra vraiment sociale et ne satisfera à ses obligations qu'en apportant tous ses gains à la masse commune.

547 2° (2).

548. Dans les sociétés particulières, le travailleur ne doit compte à la société que des produits de l'industrie qu'il a spécialement promise. Deux professeurs se sont associés pour mettre en commun le profit de leurs leçons (3). L'un d'eux, outre son talent pour l'enseignement, compose des pièces de théâtre et retire de ses droits d'auteur des bénéfices considérables : ceci est un profit qui lui demeure propre, et la société ne saurait avoir la prétention d'y prendre part; il ne doit rapporter que le produit de ses leçons (4).

549. Que si, pour se livrer avec plus d'application à ses compositions dramatiques, il négligeait la pratique de son enseignement, la société aurait contre lui une action fondée sur sa faute grave et autorisée par l'art. 1850 ci-après (5).

Cet exemple peut s'appliquer à l'administrateur d'une société de commerce, qui voudrait donner une partie de son temps à d'autres affaires. Il le peut, sans doute, si les intérêts de la société n'en souffrent pas;

---

(1) Il est pris dans POTHIER, nº 120.

(2) **Add.** *Examen critique de l'art.* 1847. — DUVERGIER dit, nº 211 : « Il y a plus d'une observation à faire sur cette disposition.

« Elle ne désigne pas avec assez d'exactitude l'espèce d'industrie dont les produits doivent appartenir exclusivement à la société.

« Elle ne montre pas en termes assez généraux les effets de l'obligation de l'associé, dont l'apport consiste en industrie.

« Enfin, il y a quelques exceptions au principe qu'elle pose; elle ne les indique point, ne les fait pas même pressentir.

« Lorsqu'une espèce d'industrie est l'objet de la société, l'associé qui l'exerce ne peut rien conserver des bénéfices qu'elle produit; mais cela est également vrai de toute autre industrie qui, sans être précisément l'objet de la société, concourt cependant au but pour lequel on l'a constituée. Ainsi, dans une association formée pour la confection de machines ou de tissus, l'un des associés peut être chargé de la tenue des registres, et il doit exécuter son obligation avec tout le soin et toute l'activité dont il est capable, quoique son travail n'ait point pour effet immédiat la production qui est l'objet de la société.

« Cet exemple montre, d'ailleurs, qu'il est certaines industries qui ne créent point par elles-mêmes des bénéfices, qui ne sont que les auxiliaires des travaux véritablement productifs. Pour ceux-ci, l'obligation de l'associé est assez exactement indiquée par la disposition qui l'oblige à rendre compte de tous les gains qu'il fait; pour les autres, la règle est insuffisante. Attribuer à la société les gains nés d'un travail qui n'en produit pas, du moins d'une manière distincte et appréciable, et faire de cette attribution la mesure des devoirs des associés, c'est évidemment laisser ces devoirs dans l'incertitude. Aussi les jurisconsultes ont-ils recours à des formules autres que celles qu'a employées le législateur. Selon Pardessus, nº 989, lorsque la mise consiste dans l'industrie ou le travail, l'associé doit être considéré comme ayant contracté un louage de services. Cette manière de déterminer les obligations de l'associé est indépendante des résultats que peut produire son industrie; elle est fondée sur la nature même de son engagement; elle est certainement préférable à la disposition de l'art. 1847. »

Une autre critique avait été faite sur l'art. 1847 : Voici comment y répondent MALEPEYRE et JOURDAIN, nº 79 : « Cette disposition de la loi, ou plutôt la manière dont elle est rédigée, a été critiquée par quelques auteurs. Delaporte et, après lui, Dalloz ont cru qu'il fallait substituer à ces mots, *les associés qui se sont soumis*, ceux-ci, *les associés étant soumis à apporter leur industrie*. Mais ils ont oublié que, dans notre législation, tous les associés ne doivent pas leur industrie à la société, et qu'il y a même des cas où il leur est défendu de la mettre en pratique au profit de la société, comme dans les sociétés en commandite, où toute participation du commanditaire aux affaires sociales est interdite par la loi.

« Il n'y a donc, comme le dit l'art. 1847, que les associés qui se sont soumis à apporter leur industrie à la société qui la lui doivent; mais tout associé qui doit concourir directement ou indirectement à l'administration est soumis à apporter son industrie à la société. » Op. conf. de FAVARD, *Société*, ch. II, sect. IV, § 1, art. 1, nº 9.

(3) PAUL, l. 71, D. *Pro socio*, donne un exemple de cette société.

(4) **Add.** PARDESSUS, nº 989, cite deux exemples dans lesquels « la société n'a pas le droit de se plaindre, bien que l'associé, pour son avantage personnel, exécute les travaux et fasse les opérations qu'il a promis d'exécuter et de faire pour le compte de la société. Le premier cas est celui où un associé qui s'est engagé à tenir les livres se charge du même soin pour d'autres, et gagne quelque chose par ce travail, aux heures que l'usage consacre au repos, sans que la rédaction des registres de la société en souffre. Dans l'autre hypothèse, il est question de personnes qui seraient associées pour assurer un ou plusieurs navires déterminés, et qui, en dehors des opérations objet spécial de l'association, feraient pour leur compte personnel d'autres opérations de même nature. » Op. conf. de DUVERGIER, nº 213.

(5) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, nº 212.

car il n'a enchaîné sa liberté que dans la mesure nécessaire pour tenir de bonne foi ses engagements. Remarquons toutefois que, dans une vaste entreprise qui exigerait du gérant une assiduité constante, il lui serait bien difficile de cumuler avec le soin de la société celui de ses affaires privées (1).

Au surplus, nous ferons un retour sur ces idées aux nos 641 et 642.

549 2° (2).

550. Notre article a été fait pour les sociétés particulières. Par sa rédaction, on aperçoit tout de suite qu'il ne concerne pas les sociétés universelles de tous gains, dans lesquelles il n'y a pas lieu à distinguer entre les diverses espèces d'industrie, puisque toutes appartiennent à la société. Peut-être une scrupuleuse exactitude aurait-elle exigé que, dans une section qui domine toutes les espèces de sociétés (3), il y eût un mot de souvenir pour les sociétés universelles; mais probablement le législateur aura pensé qu'il y a de ces vérités trop évidentes pour qu'un code prenne soin de les formuler.

Art. 1848. Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût, par sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière : mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée (c).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 25. *Lorsqu'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une personne sur qui la société a aussi une créance de même nature et également exigible, l'associé doit imputer ce qu'il reçoit de ce débiteur, sur la créance de la société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances, quand même, par sa quittance, il aurait dirigé l'imputation en entier sur sa créance particulière* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — 1re rédaction. — Art. 17. *Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, cet associé doit imputer ce qu'il reçoit de ce débiteur, sur la créance de la société et sur la sienne, dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût, par sa quittance, dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière; mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée* (b).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE NÎMES. — Art. 25. Cette décision, quoique exacte, pourra paraître surprenante, n'étant directement fondée sur aucune loi; il paraîtrait à propos d'en donner le motif, qui est que l'associé doit aux affaires de la société le même soin qu'à sa propre affaire (Pothier, *Du contrat de société*, no 120).

Au reste, l'on voudrait excepter de cette loi rigoureuse les créances que cet associé pourrait avoir antérieures à la société.

(b) OBSERVATIONS DU TRIBUNAT.

Art. 17. Il est à propos de dire : « L'imputation de ce qu'il » reçoit de ce débiteur doit se faire sur sa créance, etc., » le surplus de l'article devant subsister; au lieu de dire : « Cet » associé doit imputer ce qu'il reçoit de ce débiteur, etc. »

Le créancier, dans les cas dont il s'agit, peut ne pas faire dans la quittance l'imputation, comme le veut la loi. Il faut donc exprimer que, quoi qu'il fasse, l'imputation se fera en faveur de la société, par le seul ministère de la loi, de la manière voulue par l'article.

(c) MOTIFS.

TREILHARD, orateur du gouvernement : « S'il est créancier d'une somme exigible, et que son débiteur soit aussi le débiteur de la société, il doit faire de ce qu'il touche une juste imputation sur les deux créances; la bonne foi ne permet pas qu'il s'occupe moins de celle de la société, que de celle qui lui est personnelle. »

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 63, § 5. — POTHIER. *Société*, no 121.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1719. Conf. à l'art. 1848. C. F.
Sardaigne. — 1871. Id.
Haïti. — 1617. Id.
Hollande. — 1666. Id.
Canton de Vaud. — 1323. Conf. à l'art. 1848, C. F.
Louisiane. — 2851. Conf. à l'art. 1833, C. F., jusqu'à ces mots : *mais s'il a exprimé.*

---

(1) MALEPEYRE et JOURDAIN, no 79; *infrà*, no 551.

ADD. VINCENS, t. I, p. 392, dit à ce sujet : « Entre commerçants on stipule ordinairement des clauses pénales, non-seulement pour renforcer ce principe, mais pour obliger les associés gérants à donner tout leur temps et tous leurs soins exclusivement aux affaires sociales, sans pouvoir divertir ailleurs leurs moyens et leur responsabilité. Ce n'est qu'en vertu d'un pacte exprès que quelques-uns se réservent la faculté d'avoir intérêt ou part à deux établissements. »

(2) Add. *Les empêchements de force majeure ne peuvent être cause de dommages-intérêts contre l'associé.* — DURANTON enseigne, no 400 : « Du reste, les maladies et autres causes de force majeure qui empêcheraient, pendant un certain temps, l'un des associés de travailler pour la société, par exemple l'exercice des fonctions de juré, le service de la garde nationale, etc., etc., sont de justes causes d'excuse et s'opposeraient à ce qu'on pût exiger de lui des dommages-intérêts. Il en serait de même de l'emprisonnement qu'il aurait subi dans le cas où il aurait été acquitté; mais s'il avait été condamné, il devrait à la société indemnité pour le temps pendant lequel il l'a privée de son travail, soit avant la condamnation, soit depuis. »

(3) *Suprà*, no 517.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

551. En faisant ressortir ci-dessus (n° 22) les traits caractéristiques du contrat de société, je disais qu'il se distingue de la communauté pure par un côté très-remarquable. C'est que les communistes, n'étant liés que par un rapport de copropriété et non pas par le rapport des personnes, sont maîtres de ne suivre que leur intérêt individuel; tandis qu'au contraire l'associé, ayant engagé sa personne et sa collaboration pour l'utilité commune, ne doit pas préférer ses intérêts aux intérêts de la société (*suprà*, n° 26).

L'article 1848 nous donne la preuve de cette proposition. Il proclame cette grande maxime de confraternité sociale, qui est aussi une maxime de droit, à savoir, que l'associé (à moins de conventions contraires) se doit à ses associés; qu'il violerait la foi promise, si, après avoir engagé son concours à la société, il préférait ses affaires privées aux affaires communes (*suprà*, n° 549). Le plus grand orateur de Rome, plaidant la cause de Roscius le comédien, n'a pas assez tenu compte de cette différence entre la communauté et la société (1). Mais Cicéron était dominé par l'intérêt de son client. L'avocat biaisait avec les principes pour le succès de la défense.

552. Le mal est qu'au lieu de formuler ce principe même, l'article 1848 n'en a exprimé qu'un simple corollaire. Par une préférence mal placée du concret à l'abstrait, il a résolu législativement un cas particulier de jurisprudence, et, à l'instant, il est tombé dans tous les inconvénients d'une loi faite pour une espèce.

Je m'explique.

Si l'article 1848, embrassant le point de vue général qui doit dominer dans un code, avait dit tout simplement que l'associé qui a promis son concours doit traiter les affaires de la société avec le même soin et la même attention que les siennes propres, ou même s'il eût ajouté que, dans une rencontre des intérêts privés de cet associé avec les intérêts sociaux, cet associé doit concilier les uns et les autres par une part égale de vigilance donnée à leur conservation, le juge aurait eu un guide assuré au milieu des complications si diverses que fait naître la présence des deux intérêts. Il aurait recherché la fraude, ou même le simple défaut de diligence, et tout serait venu se résoudre en une question de faute ou de mauvaise foi, laissée à l'arbitrage des tribunaux.

Mais voilà que le législateur, empiétant sur le rôle de l'interprète, s'est mis à résoudre, avec Pothier (2), l'un de ces cas particuliers de collision; et sa solution, revêtue du caractère absolu propre à la formule légale, fait naître des embarras dont était exempte la simple réponse du jurisconsulte.

Voici cette espèce.

On suppose que l'associé a pour débiteur un débiteur de la société, et l'on ne veut pas que, par une préoccupation exclusive de ce qui lui est dû, il en assure le recouvrement sans songer à la créance de la société.

On décide que ce qu'il aura reçu se répartira proportionnellement entre les deux créances exigibles, malgré toute imputation contraire exprimée par lui dans sa quittance.

Rendons l'intelligence de ceci plus facile par un exemple. La société Pierre, Paul et compagnie est créancière de Titius, de 2,400 fr., à l'instant exigibles. Pierre, est, de son côté, créancier du même Titius pour une autre somme exigible de 1,200 fr. Titius s'acquitte envers Pierre de cette somme de 1,200 fr., mais il ne paye pas à la société les 2,400 fr. Est-il juste que Pierre reçoive la totalité de ce qui lui est dû, tandis que la société ne touche rien? Non, dit notre article, en copiant Pothier. En effet, il ne faut pas qu'un associé préfère son intérêt à l'intérêt commun; il faut qu'en ne négligeant pas ses affaires, il soigne avec scrupule celles de la société dont il est membre. C'est pourquoi, sur les 1,200 fr. reçus, la société, dont la créance est le double de celle de Pierre, aura droit à 800 fr., et les 400 fr. restants appartiendront à Pierre.

553. Cette règle, si équitable, Pierre croit vainement pouvoir l'éluder, en donnant une quittance portant imputation intégrale sur sa créance personnelle. Son fait ne changerait rien au droit de la société (3).

---

(1) *Pro Roscio comœdo*, n° 18. Voy. *infrà*, n° 560.

(2) *Société*, n° 121.

(3) POTHIER, *loc. cit.*, et texte de l'art. 1848.

Add. Op. conf. de LECLERCQ, t. VI, p. 254, où il dit : « Supposons que par sa quittance l'associé dirige l'imputation sur sa propre dette : qu'en résultera-t-il? Elle sera éteinte à l'égard du débiteur; mais comme il a manqué à son obligation, qu'il ne peut le faire impunément, il devra verser une partie proportionnelle à l'une et à l'autre créance dans la caisse de la société, et il sera pour cette somme subrogé dans ses droits contre le débiteur. C'est ici un payement forcé fait par un autre, et la subrogation a lieu pour ces sortes de payements; d'ailleurs, la société étant une personne morale qui ne peut subroger, il faut bien que la loi y supplée. On peut dire aussi qu'après avoir reçu la somme entière, ce créancier est devenu codébiteur avec son débiteur de la partie de la somme qu'il doit verser dans la société; et

554. Mais s'il est impuissant à lui porter préjudice, il a toujours mission pour faire son avantage. C'est pourquoi la quittance dans laquelle il aurait dirigé l'imputation sur la créance de la société subsistera.

555. Du reste, le partage proportionnel ordonné par notre article n'a évidemment lieu que lorsque les deux créances sont exigibles. Le texte est formel à cet égard, et la raison dit d'ailleurs hautement que si la créance de la société n'était pas exigible, il n'y aurait pas lieu à diriger sur elle une imputation qui n'est autre chose qu'un payement (1).

556. Tel est le point de vue de l'article 1848. Jusque-là tout est excellent, et la critique n'a rien à reprendre.

Mais voici où commencent les difficultés.

Essayons de sortir un instant de l'espèce posée au numéro 552, espèce que j'ai dû prendre dans Pothier, puisqu'elle a servi de type à la rédaction de notre article. Ajoutons-y quelques circonstances auxquelles ni Pothier, ni le législateur, son copiste, n'ont songé, quoiqu'elles puissent très-naturellement se présenter; et voyons si, la décision restant la même, nous ne tomberions pas dans de criantes iniquités.

557. Je suppose que la société soit organisée en commandite et que le commanditaire soit le créancier particulier de Titius, lequel est aussi débiteur de la société. Malgré tout ce qu'il y a d'impératif dans l'article 1848, nous n'exigerons pas que ce commanditaire subisse la répartition que nous trouvions si juste aux numéros 552 et 553. Le commanditaire ne doit en aucune manière gérer les affaires de la société. S'il fait acte d'immixtion, il encourt une peine grave; et l'on voudrait qu'il s'occupât du recouvrement d'une créance sociale, ce qui serait bien certainement s'immiscer dans l'administration!

Non! Il n'y a pas de texte, si absolu qu'il soit, qui puisse conduire à ce résultat absurde. Les règles particulières de la commandite doivent l'emporter sur la règle trop générale de l'article 1848 (2).

558. Que dirons-nous de cet autre cas?

La société est une société civile sans clause de commandite; mais cette société s'est donné un administrateur, seul gérant des intérêts sociaux. Ici, nous ne trouvons pas la peine portée contre le commanditaire qui s'immisce; notre espèce n'est pas si favorable. Mais il n'en est pas moins vrai que l'associé non administrateur a été dispensé d'agir dans l'intérêt de la société. Le concours individuel a été supprimé par la constitution de la société; il a été remplacé par un pouvoir concentré dans un seul gérant. Donc, malgré la décision expresse de l'article 1848, l'associé non administrateur, n'étant pas tenu de stipuler pour l'intérêt social, ne doit pas imputer une partie du payement sur la créance de la société. Cette créance, il en ignore l'existence; et quand même il la connaîtrait par hasard, ce n'est pas sous sa garde qu'on a voulu la placer. Sa bonne foi est entière, sa diligence est irréprochable; il s'est renfermé dans le rôle que lui a fait l'acte de société. Ici, le pacte social fait fléchir l'article 1848 (3). On s'étonne que Duranton (4) n'ait pas aperçu cette exception forcée, si conforme du reste, sinon au texte, du moins à l'esprit de cet article.

Vainement Malepeyre et Jourdain pensent-ils que la rédaction de l'article 1848 est trop générale pour la faire admettre (5). C'est dans la convention que je puise ma raison de décider : *convenances vainquent la loi.*

559. Mais laissons là les sociétés pourvues d'un administrateur, et rentrons dans le giron des sociétés où l'action est simultanée. Voici bien autre chose! L'article 1848 raisonne comme si c'était l'associé créancier qui fût le maître de faire à son gré l'imputation du payement sur sa créance, plutôt que sur celle de la société. Cette circonstance peut se rencontrer facilement, lorsque les deux créances sont égales, et que le débiteur n'a pas plus d'intérêt à payer l'une que l'autre. La loi présume, dans ce cas, que l'imputation est le fait du créancier, et elle le punit de son égoïsme.

Mais dans combien de cas l'imputation n'est-elle pas plutôt le résultat de la volonté formelle et légitime du débiteur?

Entre les deux créances, celle de l'associé produit des intérêts, tandis que celle de la société n'en produit pas; ou bien elle a pour sanction la contrainte

---

comme il a un intérêt de l'acquitter pour se débarrasser de son obligation et ne pas payer des intérêts à la société, la subrogation doit avoir lieu de plein droit. »

MARCADÉ sur DEMANTE, n° 556, dit aussi : « Si l'imputation a eu lieu contrairement à l'article 1848, elle subsiste néanmoins à l'égard du débiteur, sauf le cas de surprise (art. 1355). Ce n'est que par rapport à la société qu'elle est attaquable; cela ne fait aucun doute. » Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 108.

(1) DUVERGIER, n° 334.

(2) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 254.

(3) PARDESSUS, t. IV, n° 1018; DUVERGIER, n° 341.

Add. Où il dit : « Duranton est d'une opinion opposée; il la justifie par cette raison, qu'un associé, quoique non gérant, a toujours mission pour faire le bien de la société. Cette manière de s'exprimer, vague et équivoque, dissimule ce qu'il y a de faux dans la pensée. Un associé a toujours mission pour faire le bien de la société! Qu'est-ce à dire? Entend-on qu'un associé est blâmable si, pouvant être utile à la société, il se retranche dans le rôle passif qui résulte pour lui de la nomination d'un administrateur? Certes, cela est incontestable. Il se comporte en égoïste; il manque aux convenances et même à une sorte de devoir moral. Mais prétend-on que, quoiqu'un administrateur ait été choisi, quoique la direction des affaires sociales lui ait été exclusivement confiée, quoiqu'il ait le droit d'empêcher ses coassociés de s'immiscer dans la gestion, cependant ceux-ci sont obligés de faire tous les actes qui peuvent être utiles à la société? Évidemment, c'est un système contraire à toute raison; c'est dire qu'un associé n'a pas la faculté d'agir et qu'il en a l'obligation, qu'il y a pour lui devoir de faire ce qui lui est défendu; en un mot, qu'il ne peut et qu'il doit. On tombe ainsi dans la plus évidente contradiction. »

(4) T. XVII, n° 401.

(5) N° 106.

Add. Où ils disent : « La disposition de cet article devrait ne s'appliquer qu'à l'associé administrateur, parce qu'on peut craindre qu'en recevant, comme il a le droit de le faire, les sommes dues à la société par un débiteur qui serait aussi le sien, il préférât son intérêt à celui de la société : mais s'il n'est pas administrateur, il n'a plus le droit de recevoir pour le compte de la société, et alors cette crainte disparaît. L'article paraît avoir été rédigé avec l'idée que l'associé qui reçoit concourt à l'administration, et qu'il a le droit de recevoir pour compte de la société, puisqu'il dit que si l'imputation est faite par la quittance en entier sur la créance de la société, elle doit être exécutée. Toutefois nous pensons que l'article est rédigé d'une manière trop générale pour que l'on puisse établir cette distinction : l'associé solidaire, lors même qu'il n'est pas administrateur, ayant le droit de surveiller toutes les opérations sociales, de prendre connaissance de toutes les affaires, pourrait, s'il venait à apprendre qu'un débiteur de la société est gêné, négliger d'en avertir ses coassociés, suivre avec chaleur le recouvrement de ses propres créances, et oublier ainsi le désintéressement fraternel qui est un des devoirs des associés entre eux. »

par corps, ou une hypothèque, ou une caution : au contraire, celle de la société n'est revêtue d'aucune de ces garanties. Dans tous ces cas, le débiteur a un intérêt évident à payer la créance privée plutôt que la créance sociale, et l'imputation qu'il fait sur la première est un acte légal (1) que la société doit subir. Ira-t-elle s'en prendre à l'associé qui a reçu son payement? Aura-t-elle quelques reproches à lui adresser? Si elle demande à partager avec lui, lui rendra-t-elle, en échange de ce qu'elle recevra, une créance protégée par l'hypothèque, le cautionnement, la contrainte par corps? Et si elle ne le peut, serait-il juste qu'elle exigeât dans son intérêt un véritable sacrifice de l'intérêt privé? L'associé a-t-il promis d'abandonner ses droits pour ceux de la société? La réponse à toutes ces questions est facile à faire, et il n'est pas besoin d'insister plus longtemps pour démontrer que l'article 1848 est encore inapplicable ici (2). Je sais que Duranton enseigne le contraire (3), et Malepeyre et Jourdain semblent partager son avis (4); mais c'est un respect pour la lettre qui ne me paraît pas suffisamment réfléchi. Etudiez l'origine de l'article 1848, pénétrez-vous de son esprit; puis arrêtez-vous à la partie du texte qui parle de l'imputation, et vous demeurerez convaincu que ce que cet article a voulu redresser, c'est l'imputation égoïste faite par l'associé, mais non pas l'imputation faite par le débiteur qui use de son droit.

539 2° (5).

539 3° (6).

---

(1) Art. 1253 du code civil.

(2) **Delvincourt**, t. III, p. 231, notes; **Pardessus**, t. IV, n° 1016; **Duvergier**, n° 336.

(3) T. XVII, n° 401.

Add. « L'article 1848, dit-il, ne s'est attaché qu'à l'exigibilité, et c'est aussi la circonstance que le code a fait prédominer, quant à l'imputation légale, dans l'art. 1256. »

(4) N° 108.

(5) Quid, *si les deux créances étant de même nature, le débiteur imputait son payement sur la créance de l'associé?* — **Duvergier** répond, n° 336 : « Alors même que les créances sont de semblable nature, et que le débiteur n'a pas plus d'intérêt à acquitter celle-ci que celle-là, il est cependant le maître de payer l'un de ses créanciers plutôt que l'autre. S'il s'adresse à l'associé et qu'il s'obstine à lui dire : Je suis votre débiteur, voilà votre argent, donnez-moi quittance, et je payerai plus tard ce que je dois à la société, l'associé ne peut pas refuser; son débiteur sera libéré envers lui, et néanmoins la somme reçue devra être répartie entre sa créance et celle qui appartient à la société. Ainsi le veut la loi. C'est une assez dure condition pour l'associé, mais on conçoit les motifs pour lesquels elle lui est imposée.

« D'une part, il n'est guère présumable que le débiteur, à qui il est indifférent de payer l'associé ou la société, s'opiniâtre sans raison à s'acquitter envers l'un plutôt qu'envers l'autre; on a donc à craindre que la préférence n'ait été sollicitée par l'associé, qu'il ne se soit entendu avec le débiteur, pour obtenir de lui cette affectation à sa créance personnelle, des sommes qui seraient versées entre ses mains. Au moyen de la répartition dont l'article 1848 fait une nécessité, toute combinaison semblable devient impossible.

« D'un autre côté, il y a sans doute désavantage pour l'associé à n'être pas payé complétement, à partager ce qu'il reçoit, à être obligé d'attendre, pour obtenir le solde de sa créance, que la société touche elle-même la sienne du débiteur commun; mais du moins, en échange de ce qu'il perd, on lui donne une part de droits semblables aux siens, aussi avantageux, aussi facilement recouvrables.

« Lorsque, au contraire, la créance de la société n'est pas comme celle de l'associé productive d'intérêts, garantie par un gage, ou assurée dans son recouvrement par la contrainte par corps, il y a un motif légitime pour le débiteur d'affecter la somme qu'il paye à l'extinction de la dette la plus onéreuse; par conséquent le soupçon de fraude ne peut plus s'élever. En outre, si l'on obligeait l'associé à subir la répartition, pour lui tenir lieu d'une partie de sa créance, on lui donnerait une portion dans une autre créance moins utile et moins certaine. Il n'y a donc pas lieu, en pareille occurrence, d'appliquer l'art. 1848; car on ne se trouve plus exposé au danger de collusion qu'il a cherché à prévenir; et d'ailleurs, on imposerait à l'associé le sacrifice d'une partie de ses droits, sans lui en offrir l'équivalent.

« Pardessus va même jusqu'à dire que si l'imputation est faite sur la créance de l'associé par le débiteur, quoique toutes choses soient égales, elle doit être maintenue. Voy. *Cours de droit commercial*, t. IV, n° 1016. *Contrà*, Duranton, t. XVII, n° 401. »

Comme on le voit, **Duvergier** admet la règle de l'imputation par le débiteur comme exerçant ses effets entre la société et l'associé, quand il y avait un motif légitime pour le débiteur de préférer l'extinction de sa dette envers l'associé. Son opinion avait été exprimée par **Delvincourt**, **Zachariæ**, § 382, et **Duranton**, n° 401. Mais l'opinion de ces auteurs est une opinion mitoyenne.

En effet, d'après **O. Leclercq**, t. VI, p. 254 : « La dette due à l'associé sera également éteinte, si le débiteur exige que l'imputation se fasse sur la dette de l'associé, parce que la société ne peut lui ravir un droit qu'il tient de la loi, et qui consiste dans le pouvoir d'imputer le payement qu'il fait sur telle dette qu'il veut, et sur la plus onéreuse, s'il n'y a pas d'imputation. »

Op. conf. de **Pardessus**, n° 1016; de **Mazerat** sur **Demante**, n° 556, où est aussi résolue la question suivante : *Si le débiteur usant du droit qui lui est accordé par l'art.* 1253, *force l'associé à recevoir pour son propre compte, comment ce fait devrait-il être constaté?* Réponse : « Lorsque le débiteur de la société et de l'associé, usant du droit que lui confère l'art. 1253, de déclarer quelle dette il prétend éteindre, force celui-ci à recevoir pour son propre compte, l'associé devra prouver, conformément aux règles ordinaires, que la volonté du débiteur à cet égard n'est pas le résultat d'une collusion. »

D'après **Dalloz**, au contraire, la volonté du débiteur est ici indifférente; il dit, n° 18 : « Delvincourt pense que lorsque le débiteur a fait l'imputation sur la dette particulière de l'associé qu'il avait le plus d'intérêt d'acquitter, par exemple si cette dette emportait la contrainte par corps, cette imputation doit valoir : ce qui est vrai, sans doute en ce sens que le débiteur se trouvera libéré de la contrainte par corps (art. 1253); mais l'associé sur la créance particulière duquel a été faite l'imputation n'en serait pas moins obligé, ce nous semble, envers ses coassociés, de se soumettre à la disposition de l'art. 1848. Dire, avec Delvincourt, que cet article est fait pour le cas où l'imputation a été dirigée par l'associé, et que, dans l'espèce proposée, ce n'est pas l'associé, mais bien la loi elle-même qui dirige l'imputation, c'est créer une distinction sans fondement; car l'art. 1848 ne dit point que l'imputation qu'il prescrit doit avoir lieu *quand l'associé a dirigé*, mais *encore qu'il eût dirigé* l'imputation intégrale sur sa propre créance. L'art. 1848 n'a donc point exclusivement pour objet le cas où l'imputation a été dirigée par l'associé. On doit donc chercher à concilier, dans tous les cas, le droit qu'il confère à la société vis-à-vis de l'un de ses membres, avec la faculté justement attribuée au débiteur d'imputer son payement sur celle des dettes également échues qu'il a le plus d'intérêt d'acquitter. »

(6) Quid *si aucune des deux créances n'était exigible?* — **Duvergier** dit, n° 337 : « Si la créance de la société et celle de l'associé n'étaient point exigibles, les payements anticipés que ferait le débiteur n'en seraient pas moins soumis aux règles qui viennent d'être exposées. En conséquence, les deux créances étant de même nature, la répartition aurait lieu entre elles, quoique l'imputation eût été dirigée sur la créance de l'associé; au contraire, s'il y avait quelque raison pour le débiteur de se libérer de préférence envers l'associé, l'imputation faite dans ce sens serait maintenue. »

L'opinion contraire est émise par **Boileux**, qui copie **Duranton**, n° 401 : « Si aucune dette n'est exigible, dit-il, on s'en

559 4° (3).
559 5° (4).
559 6° (5).
559 7° (6).

Art. 1849. Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 26. *Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, si le débiteur est depuis devenu insolvable, l'associé qui a reçu sa part entière est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût donné la quittance pour sa part.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 18. Conf. à l'art. 1849.
Voy. sous l'art. 1848.

SOURCES.

Dig. *Pro socio*, leg. 63, § 5; leg. 38, *fam. erciscundæ*. — POTHIER. *Société*, n° 122.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1720. Conf. à l'art. 1849, C. F.
Sardaigne. — 1872. Id.
Haïti. — 1618. Id.
Hollande. — 1667. Conf. à l'art. 1849, C. F.
Canton de Vaud. — 1326. Id.
Louisiane. — 2832. Id.

SOMMAIRE.

560. Liaison de l'article 1849 avec l'article précédent. Cas de cet article. Obligation d'un associé de rapporter à la masse sa part de la créance commune qu'il a touchée.
561. Suite.
562. *Quid* si l'associé qui n'a pas recouvré sa part, tandis que l'autre a recouvré la sienne, s'était rendu coupable de quelque négligence?
563. L'associé qui a vendu sa part 10,600, quoique l'autre associé n'ait vendu la sienne que 8,000, est tenu de rapporter les 10,600; il ne peut retenir pour lui la différence.
564. Les principes sont autres que ceux-là en matière de communauté.
565. Mais, en matière de société, chacun garderait sa part si la vente était du lot qu'aura chaque associé par le partage.
565 2°. *Impropriété des termes dont se sert l'art.* 1848.
565 3°. *L'article* 1849 *ne s'applique pas aux sociétés en commandite.*

---

tient à l'imputation faite soit par le débiteur, soit par l'associé. S'il n'y a pas eu d'imputation, on applique les règles de l'imputation légale.

(1) **Add.** *Les règles ci-dessus reçoivent leur application alors même que le débiteur ne fait l'imputation qu'après le payement.* — DUVERGIER dit, n° 338 : « Il faut aussi prévoir le cas où un payement a eu lieu sans imputation expresse. Il est évident que le débiteur peut exiger qu'il s'applique à sa dette envers l'associé, si elle est pour lui la plus onéreuse ; dès lors, et d'après ce qui a été dit ci-dessus, cette volonté aura son effet à l'égard de la société. »

(2) **Add.** *Lorsque la dette de l'associé est éteinte par la compensation, la société n'a rien à réclamer de l'associé.* — DUVERGIER dit, n° 339 : « Lorsque la créance de l'associé vient à s'éteindre par l'effet d'une compensation légale, il est impossible que la société s'y oppose, ou qu'elle réclame sa part proportionnelle dans la somme que l'associé est censé avoir reçue. Ce serait obliger celui-ci à un versement réel de fonds, quand il n'a reçu qu'un payement fictif; d'ailleurs, c'est sans le vouloir qu'il se trouve payé : il est donc à l'abri du soupçon d'avoir mis plus de zèle et de soin au recouvrement qui le touche qu'à celui qui intéresse la société. »

Op. conf. de DURANTON, n° 421, où il ajoute : « Comme, en sens inverse, l'associé n'aurait rien à demander à la société dans le cas où ce serait envers la société elle-même que le tiers débiteur serait devenu créancier, et que la compensation légale aurait éteint la créance et la dette de la société. »

(3) **Add.** Quid *si, les deux dettes n'étant pas de même nature, le débiteur n'avait fait aucune imputation?* — Nous avons vu ci-dessus, n° 559, que TROPLONG suppose dans le cas de deux dettes dont l'une est plus onéreuse au débiteur, que celui-ci a fait l'imputation de son payement sur celle-ci. O. LECLERCQ suppose le cas de non-imputation, et il dit : « Si la dette due à l'associé est plus onéreuse et qu'il n'y ait point d'imputation dans la quittance, je crois qu'elle sera éteinte. » Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, n° 533, qui ajoute : « Si au contraire, en supposant toujours que la quittance est muette, la créance de la société est plus ancienne ou plus onéreuse que celle de l'associé, alors nous déciderons, malgré l'art. 1848, que l'imputation ne se fera pas proportionnellement, mais que le payement fait au créancier associé sera appliqué intégralement à la créance de la société. Le débiteur a intérêt à ce qu'il en soit ainsi, et cet intérêt doit passer avant les droits et les devoirs respectifs des associés. Au surplus, dans l'imputation au profit de la société, les juges examineront, s'il y a eu fraude ou non. »

(4) **Add.** *Les obligations de l'associé envers la société ne sont pas réciproquement imposées à la société envers l'associé.* — C'est ce que rappelle DUVERGIER, n° 340 : « Il n'est pas besoin de dire que l'obligation pour l'associé de gérer les affaires communes au moins aussi bien que les siennes, n'est pas réciproquement imposée à la société. En conséquence, lorsque celui des associés à qui est confiée l'administration, ou tout autre, reçoit le montant d'une créance sociale, la somme reçue reste exclusivement acquise à la société ; il n'y a pas lieu de la répartir entre elle et l'associé, qui est personnellement créancier du même débiteur. »

COMMENTAIRE.

560. L'article 1849, emprunté aux lois romaines (1) et à Pothier (no 122), confirme, comme le précédent, les idées que j'ai exposées aux numéros 22 et 26. Tout à l'heure nous voyions l'associé obligé à partager ses soins entre ses propres affaires et les affaires sociales. Maintenant l'article 1849, fruit d'une pensée pareille, fait un devoir à l'associé de rapporter à la masse tout ce qu'il a perçu de la créance sociale, ne voulant pas qu'il y puisse prendre sa part avant que la société n'en ait fait elle-même le partage.

Écoutons Ulpien. Une société était composée de trois personnes, Primus, Secundus, Tertius; Secundus, chargé de recouvrer une créance de dix-huit mille francs, en avait perçu le montant, et il en était débiteur envers la société; Primus lui demande son tiers et l'obtient en entier; mais voilà que Secundus fait de mauvaises affaires et ne peut payer à Tertius les six mille francs formant son tiers : dans ces circonstances, Tertius, qui n'a rien reçu, pourra-t-il exiger que Primus rapporte à la masse pour rétablir l'égalité? Ne serait-il pas injuste que dans la même société l'un retirât sa part entière, tandis que l'autre ne perçoit rien?

Ulpien décide donc que l'action *pro socio* sera accordée pour rendre égale la condition des associés (2).

Il est vrai que dans l'état de simple communauté il en serait tout autrement. Le recouvrement que Primus aurait fait de sa part dans la créance commune ne profiterait qu'à lui seul, et il n'en devrait aucun compte à ses cocréanciers, qui, de leur côté, devraient travailler pour leur compte et à leurs risques et périls au recouvrement de leur part (3). Mais la société impose d'autres devoirs; elle forme un corps moral, propriétaire de la créance, distinctement des associés; et dès lors Primus n'a pu faire que les six mille francs qu'il a touchés fussent sa chose propre. Ce qu'il a reçu n'était pas à lui, mais à la société. La somme de six mille francs, en passant par ses mains, est forcément tombée dans celles de la société; il en a été le ministre malgré lui; il a agi pour elle alors qu'il croyait n'agir que dans son intérêt individuel.

A ce propos, je rappellerai le plaidoyer de Cicéron pour Roscius le comédien, dans lequel le célèbre orateur, entraîné par le besoin de la défense, s'est trop éloigné de ces distinctions.

Un certain Fannius avait contracté avec Roscius une société dont voici l'objet : Fannius était propriétaire d'un esclave, nommé Panurge, qui avait d'heureuses dispositions pour la déclamation; Roscius fut chargé de lui enseigner l'art théâtral, dans lequel il excellait à un si haut degré, sous la condition que l'esclave serait commun, et que Fannius et Roscius partageraient les bénéfices que Panurge produirait par son talent. Panurge fit de grands progrès : mais bientôt il fut assassiné à Tarquinies par Q. Flavius. Pendant que le procès relatif à cet homicide se poursuivait, Roscius transigea pour sa part d'indemnité avec Flavius, et reçut en payement un domaine rural. Fannius soutint alors qu'il devait entrer pour moitié dans cette transaction, et que ce que Roscius avait reçu était devenu la propriété commune de l'association (4). Je ne parlerai pas des fins de non-recevoir que Cicéron élève contre cette prétention, du reproche qu'il fait à Fannius d'avoir reçu de son côté cent mille sesterces pour cette affaire de Panurge. Mais ce que je reprends dans le système de défense adopté par le grand orateur, c'est de traiter l'objection de Fannius de piége et de chicane (5); c'est de faire une comparaison inexacte de l'associé et du communiste (6); de prétendre que l'associé peut se séparer de l'intérêt social et agir pour son compte particulier, comme le peut faire un héritier pour sa part héréditaire. Non! l'intérêt de son client égarait Cicéron; et Saturius, avocat de Fannius, était dans le vrai, lorsqu'il le ramenait à ce point de droit : « Quodcunque « sibi petat socius, id societatis fieri (7). »

Telle est aussi l'idée que l'article 1849 met en relief, en s'appropriant presque mot pour mot un passage de Pothier (no 122). Elle repose sur les vrais principes de la société, et, quoi qu'en dise Duranton (8), il n'y a là-dessus aucun défaut d'harmonie dans les lois romaines. Seulement, il faut faire attention de ne pas confondre leurs réponses sur le simple communiste avec leur décision sur l'associé (9).

561. L'article 1849 semble, au premier coup d'œil, faire dépendre le rapport à la masse de l'insolvabilité du débiteur. Mais, en y réfléchissant, on est bien vite convaincu que cette circonstance n'est signalée par le législateur que parce que c'est elle qui fait naître le plus ordinairement l'intérêt du coassocié à demander le rapport à la masse. L'article 1849 parle *ex eo quod frequentius fit*. Voulant montrer, avec Ulpien, avec Pothier, comment l'égalité doit régner entre associés, alors même qu'il n'y a pas entre eux égalité de diligences, il s'est attaché, comme ces jurisconsultes, à l'accident qui brise presque toujours cette égalité et oblige à la rétablir. Mais il n'en est pas moins vrai que lors même que le débiteur ne serait pas devenu insolvable, l'associé qui a recouvré sa part n'aurait fait que recouvrer une partie de la chose commune, et que la société pourrait l'obliger à la verser immédiatement dans la caisse sociale, dont parle l'article 1846 (10).

---

(1) L. 63, § 5, D. *Pro socio* (ULPIEN).

(2) L. 63, § 5, D. *Pro socio.*

« Si cùm tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius, et « partem suam integram sit consecutus, deinde alius socius cum « eodem agat, et partem consequi integram non poterit, quia « facere solidum non potest : an hic qui minùs consecutus est, « cum eo agere possit qui solidum accepit, ad communicandas « partes inter eos, id est, exæquandas : quasi iniquum sit, ex « eadem societate alium plus, alium minus consequi? sed magis « est ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio « exæquetur; quæ sententia habet æquitatem. »

(3) PAUL, l. 38, D. *Famil. erciscundæ*; FAVRE, sur la loi 63, § 5, *Pro socio*; *supra*, nos 22 et 26.

(4) « Quod sibi exegit (Roscius), id commune societatis factum esse contendo » disait Fannius. No 17.

(5) « Aliud fraudis et insidiarum in eodem vestigio diverticulum reperit. » No 17.

(6) « Quemadmodum socius in societate habet partem, sic « hæres in hæreditate habet partem. Ut hæres sibi soli, non co- « hæredibus competit, *sic socius sibi soli, non socio petit*. » No 17.

(7) No 17.

(8) T. XVII, no 402. La loi 38, D. *Famil. ercisc.*, dans laquelle il trouve un défaut de conformité avec ULPIEN, traite de la communauté simple et non de la société.

(9) C'est ce qu'a très-bien relevé le président FAVRE, *loc. cit.*, d'après ACCURSE.

Add. DUVERGIER dit à ce sujet, no 342 : « Je me permettrai de dire que cette conciliation n'était pourtant pas difficile; car Pothier a très-clairement expliqué que la règle vraie pour des cohéritiers ne l'est pas pour des associés, attendu que les premiers ne sont pas, comme les seconds, réciproquement obligés d'administrer les choses communes. »

(10) *Junge* DUVERGIER, no 342.

Add. Où il dit : « Tant que la société subsiste, il n'y a pas

562. Mais si, de son côté, l'associé qui n'a pas recouvré sa part s'était rendu coupable de quelque négligence à laquelle on pût attribuer l'impossibilité du recouvrement, l'associé plus vigilant pourrait réclamer, en vertu de l'article 1850 du code civil, qu'il fût condamné à indemniser la société de la perte qu'il lui aurait causée par son incurie.

563. Ce que l'article 1849 décide pour le cas de recouvrement d'une partie de la créance sociale, la raison veut qu'on le décide pour tout ce que l'associé a retiré d'une chose quelconque appartenant à la société. Supposons qu'une partie de marchandises appartienne à la société Primus et Secundus; Primus est chargé d'en vendre moitié à Smyrne et Secundus moitié à Alger; Primus, trouvant des circonstances favorables, vend sa part dix mille francs, tandis que l'autre associé, moins heureux, ne vend la sienne que huit mille francs; Primus ne pourra pas retenir ces dix mille francs comme le fruit de sa vigilance et obliger Secundus à se contenter des huit mille francs montant de ses opérations. Primus a agi pour la société; il lui doit compte de tous ses gains: c'est un profit commun qui doit être partagé. Les dix mille francs de Primus et les huit mille francs de Secundus feront une masse dont chacun prendra sa moitié (1).

564. Autre serait la décision dans le cas de simple communauté; car, comme je le disais au n° 26, les communistes ne sont pas réciproquement engagés à gérer l'affaire l'un pour l'autre.

565. Pothier veut même que, dans l'hypothèse d'une véritable société, l'obligation du rapport n'ait pas lieu s'il s'agissait d'une chose sociale qui ne fût pas destinée à être vendue pour le profit de la société. L'associé qui aurait vendu sa part plus chèrement que l'autre ne serait pas tenu, dans ce cas, de faire raison de ce surplus à ce dernier (2).

Par exemple, la société est propriétaire d'une maison dans laquelle j'ai la moitié, et je vends pour quarante mille francs ce droit tel qu'il sera fixé par le partage; de son côté, mon coassocié vend pour trente-cinq mille francs seulement la part qu'il en retirera à la dissolution de la société; le profit que j'ai fait me restera propre; car je n'ai pas vendu une chose de la société; j'ai vendu ma portion telle que le partage la dégagera.

La justesse de cette solution ne peut être contestée (3), et Duvergier ne s'est pas placé au véritable point de vue de Pothier quand il a critiqué sa proposition (4).

563 2° (5). **565 3°** (6).

---

de portion afférente à chaque associé, le partage seul détermine ce qui est la propriété exclusive de chacun : il ne dépend de personne d'anticiper sur ses effets et de diviser l'actif social, ou l'un des objets qu'il embrasse. Dès lors, il est évident qu'un associé n'a pas et ne peut pas avoir un droit privatif sur la somme qu'il reçoit d'un débiteur de la société. A celle-ci donc appartient la somme payée, et du moment même où le payement a lieu.

« Au surplus, il n'est pas sans importance de savoir si le rapport immédiat est dû, ou si l'on est obligé d'attendre que l'insolvabilité du débiteur soit survenue et constatée; car dans l'intervalle, l'associé qui a reçu peut lui-même devenir insolvable, et il n'est pas indifférent pour la société, qu'un capital soit dans sa caisse ou entre les mains d'un associé.

« Par la même raison, dit Pothier, si un des associés trouvant « une occasion de vendre avantageusement les marchandises de « la société, au lieu de faire le marché pour le compte de la so- « ciété, l'a fait pour son compte particulier, en vendant sa part « dans les marchandises de la société, il sera obligé de rapporter « à la masse commune ce qu'il a vendu de plus sa part, que « l'autre n'a vendu la sienne. »

« Il faut dire pour la vente ce qui a été dit pour le recouvrement des créances. Dès qu'elle a eu lieu, on peut exiger que le prix soit mis en commun. » Op. conf. de LECLERCQ, tome VI, p. 255.

D'après ces considérations il ne semble pas qu'il faille admettre la solution de la question suivante : « Quid *si le débiteur avait forcé l'un des associés à recevoir sa part, ou s'il a été libéré envers lui par compensation?* » MAZERAT sur DEMANTE, n° 557, répondait : « Si le débiteur de la société devenu depuis insolvable, avait forcé l'un des associés à recevoir sa part de la dette, et que celui-ci pût constater légalement ce fait, il serait dispensé de rapporter à la masse ce qu'il aurait reçu. L'art. 1849 ne serait plus applicable, parce qu'on ne pourrait reprocher à cet associé d'avoir donné plus de soins à ses affaires qu'à celles de la société. Pareillement, si le débiteur de la société étant créancier d'un des associés, la part de celui-ci dans la créance sociale se trouve éteinte par la compensation, l'associé ne rapporte rien, vu qu'il n'y a aucun reproche à lui faire : c'est la loi qui a opéré cet effet (art. 1209). »

(1) POTHIER, n° 122; DURANTON, t. XVII, n° 402; DELVINCOURT, t. III, notes, p. 231; DUVERGIER, n° 342.

Add. Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, n° 557.

(2) N° 122.

(3) **Add.** Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, n° 557; de DALLOZ, n° 18.

(4) N° 342.

Add. Voici ce que dit DUVERGIER : « Cette opinion de Pothier, reproduite par Dalloz et par Duranton, me paraît cependant complétement erronée. La chose aliénée est une partie de l'actif social, chaque associé y a un droit semblable; par conséquent, il doit profiter du prix plus ou moins avantageux, moyennant lequel elle a été vendue. Qu'importe que la vente ait eu lieu contrairement à la destination de l'objet? Est-ce que, par hasard, l'associé vendeur serait plus favorable, lorsqu'il agit contre la loi du contrat, que lorsqu'il obéit à ses stipulations? Mérite-t-il donc de profiter seul d'un bénéfice, précisément parce qu'il a aliéné ce qu'il était de son devoir de conserver?

« Si l'on a voulu parler seulement du cas, où la vente ne doit pas recevoir d'exécution pendant la durée de la société, où l'associé a vendu une partie d'une chose commune, dans la supposition qu'elle tombera dans son lot, lors du partage, on aura raison de dire, si la prévision s'accomplit, que le bénéfice de cette transaction ne doit pas être commun. Mais cette hypothèse extraordinaire n'est pas celle qui se présente à l'esprit, à la lecture du passage de Pothier. »

(5) **Add.** *Impropriété des termes dont se sert l'art.* 1849. — MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 118, justifient ainsi ce reproche : « Dans une société, aucun des associés n'est propriétaire d'une part déterminée dans chaque objet dépendant de la société, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer, mais d'une portion indivise dans le tout. Il en résulte que toute somme reçue par l'un des associés appartient à la société, et doit être versée dans la caisse sociale; elle n'appartient pas pour une partie aliquote déterminée à chaque associé. C'est donc improprement que l'art. 1849 du code civil examine le cas où l'un des associés a reçu *sa part entière* de la créance commune, puisqu'il ne peut, encore une fois, y avoir de part déterminée pour chaque associé dans une créance, mais une part indivise dans tout l'actif de la société. C'est avec la même impropriété qu'il oblige, en cas d'insolvabilité du débiteur, l'associé qui a reçu sa *part entière* à rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût donné quittance spécialement pour sa *part*.

« Cet article est tiré de Pothier, qui en présente les dispositions comme une question qu'il résout comme l'article que nous critiquons. Mais à l'époque où ce savant jurisconsulte a écrit, les principes des sociétés n'étaient pas encore suffisamment compris, et les rédacteurs du code ont eu tort de le copier servilement, et de ne pas faire sentir que si le rapport est dû dans ce cas, c'est que l'associé a reçu une partie d'une créance qui appartient seulement à la société, et sur laquelle il peut se faire que le partage ne lui attribue aucun droit. » Op. conf. d'ARMAND DALLOZ, *Dict. gén.*, v° *Société*, n° 193.

(6) **Add.** *L'art.* 1849 *ne s'applique pas aux sociétés en*

Art. 1850. Chaque associé est tenu envers la société des dommages qu'il a causés par sa faute, sans pouvoir compenser, avec ces dommages, les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires (*c*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 12. *Les associés ne sont tenus entre eux que des fautes ou négligences très-graves.*

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 932. *Les associés ne sont tenus entre eux que de leurs fautes et de leurs négligences graves.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 27. *Chaque associé est débiteur envers la société des dommages qu'il lui a causés par sa faute, sans pouvoir compenser avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait procurés dans d'autres affaires* (*a*).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 19. Conf. à l'art. 1850 (*b*).

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE RENNES. — Art. 27. « Sans pouvoir compenser « avec ces dommages les profits que son industrie lui aurait « procurés. » Lisez : « Que son industrie aurait procurés à la « société dans d'autres affaires ; » autrement il y aurait amphibologie, le pronom *lui* pouvant se rapporter à *l'associé* qui est l'antécédent immédiat. Adopté.

(*b*) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Pourquoi la loi ne donne pas de règles pour discerner les cas où il existe une faute qui engage la responsabilité, et comment les tribunaux doivent en juger.

L'art. 19 est discuté (1re rédaction).

LACUÉE pense que le mot *faute* est trop vague; on pourrait en abuser pour rendre l'associé responsable des événements qui auraient trompé des combinaisons exactes dans leur principe.

TREILHARD dit que les tribunaux sauront faire les distinctions que réclame la justice, que la loi ne peut que s'en rapporter à eux : vainement elle entreprendrait de spécifier d'avance tous les cas de la responsabilité.

RÉGNIER dit que le principe posé est inattaquable, et qu'il lui semble impossible d'en rendre l'idée par une autre expression.

Le droit romain distinguait la faute grave, la faute légère, et même la faute très-légère : on a évité ces distinctions dans tous les titres adoptés, mais sans ôter aux tribunaux la faculté d'apprécier ce qui constitue la faute ou en absout.

Des spéculations raisonnables qui tournent mal sont un malheur, et non une faute; tout cela doit être décidé *ex æquo et bono;* l'expression employée n'y fait point obstacle, et il est d'ailleurs impossible de la remplacer par aucune autre qui ait un sens tout à la fois plus précis et moins dangereux.

(*c*) MOTIFS.

TREILHARD, orateur du gouvernement : « S'il a causé des dommages par sa faute, il est tenu de les réparer sans offrir en compensation les profits que son industrie a pu d'ailleurs procurer, car ces profits ne sont pas à lui; ils appartiennent à la société. »

SOURCES.

Dig., lib. X, tit. II; arg. leg. 25, § 16; *Pro socio*, leg. 26, 72, 25, § 1; leg. 20, 25, 52, § 11; leg. 72. — Cod. Lib. III, tit. XXXVI, leg. 19; lib. I., tit. XVII, leg. 25. — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. XVIII, sect. IV, n° 8. — POTHIER. *Société*, nos 124, 93, 109, 125.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1721. Conf. à l'art. 1850, C. F.
Sardaigne. — 1865. Id.
Haïti. — 1619. Id.
Hollande. — 1668. Id.
Canton de Vaud. — 1327. Id.
Louisiane. — 2835. Conf. à l'art. 1850, C. F. *Il est ajouté :* Mais nul associé ne sera responsable de la perte qui serait arrivée par suite de ce qui aurait été fait par lui de bonne foi.
Autriche. — 1191. Conf. à l'art. 1850, C. F. *Il est ajouté :* Mais si un associé, ayant entrepris une autre affaire, cause un dommage à la société, il peut faire entrer en compensation les bénéfices qu'il lui a procurés.

SOMMAIRE.

566. De l'obligation de l'associé de répondre de son dol et de sa faute.
567. Théorie du droit romain là-dessus.
568. Suite. Différences entre l'associé et le dépositaire.
569. Pourquoi le dépositaire ne répond pas de la faute légère. Pourquoi l'associé ne répond pas de la faute très-légère. Raison donnée par Celsus.
570. Reproche que Duvergier a fait au jurisconsulte romain. Justification de Caïus.
571. Suite de cet examen du système de Caïus. Apparente contradiction entre Celsus et Caïus.
572. Conciliation.
573. Suite.
574. Suite.
575. En tirant des lois romaines des conclusions autres que celles proposées par l'auteur, on tombe dans des distinctions subtiles au milieu desquelles l'esprit ne peut que s'égarer.
576. Le code civil avait voulu prévenir les controverses; il s'en est présenté de nouvelles.
D'après l'auteur, l'associé n'est responsable que de la faute lourde et de la faute légère. Il n'est pas responsable de la faute très-légère.
577. Et ceci est vrai en matière commerciale comme en matière civile.
577 2°. *La responsabilité sera plus sévèrement appliquée si l'administrateur reçoit, à raison de ses fonctions, ou un salaire, ou une part plus grande dans les bénéfices.*
577 3°. *Et si un associé non administrateur s'est immiscé dans la gestion, et a causé une perte par sa faute.*

---

commandite. — MALEPEYRE et JOURDAIN donnent ici la même solution qu'à l'occasion de l'art. 1848, puisqu'il y a mêmes motifs de décision.

577. L'associé qui doit des dommages et intérêts à la société pour raison de sa faute, ne peut les compenser avec le bénéfice qu'il a procuré à la société dans d'autres affaires.

578 2°. *Pourrait-il du moins faire accepter, comme indemnité, les bénéfices qu'il aurait procurés précisément dans la même affaire, où sa négligence aurait causé une perte?*

COMMENTAIRE.

566. Le code continue à suivre pas à pas la marche de Pothier. L'article 1850 résume le § 3 de l'article 1 du chapitre 7 du *contrat de société* de ce jurisconsulte; paragraphe intitulé : *Du dommage qu'un associé a causé à la société* (1).

Je tâcherai d'être bref en expliquant l'article 1850. J'ai plusieurs fois exposé le système des fautes, adopté par le code civil, dont cet article est le corollaire (2). Je n'ai pas l'intention d'en donner ici une nouvelle démonstration, *ne semper in eodem luto hæreamus* (3).

567. Les Institutes de Justinien (4) ont traité d'après Caius (5) de la responsabilité de l'associé. De quelle faute est tenu l'associé? De la faute lourde seulement, comme dans le dépôt (6)? ou bien de la faute légère, ou même de la faute très-légère?

On a toujours compris que la confiance réciproque étant le lien de la société, les associés se doivent les uns aux autres la plus entière bonne foi. Tromper son associé était, chez les Romains comme chez nous, l'acte d'un malhonnête homme. Cicéron a écrit là-dessus une page admirable toujours citée par les jurisconsultes (7). « Rectè igitur majores eum, qui socium fefellisset, in virorum bonorum numero non « putarunt haberi oportere! » Et encore : « In rebus « minoribus socium fallere turpissimum est (8). »

De là l'obligation pour l'associé de répondre de son dol (9), ou, ce qui est la même chose, de la faute lourde, cette voisine du dol.

Mais était-ce là, aux yeux des jurisconsultes romains, la limite de la responsabilité? Suffisait-il d'infliger les sévérités de la loi à la faute lourde? Ne fallait-il pas assujettir l'associé à rendre compte de sa faute légère?

Il paraît que des controverses avaient régné là-dessus. Mais ceux qui voulaient que l'associé répondît de la faute légère finirent par l'emporter : « *Prævaluit* « *tamen* etiam culpæ nomine teneri eum. »

Quant à la faute très-légère, les écoles ne tombèrent pas dans le même désaccord. Caius, copié par Tribonien, n'hésite pas à dire qu'il ne faut pas exiger de l'associé une diligence très-exacte : « Culpa autem « non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. » Il suffit, ajoute-t-il, que l'associé apporte aux affaires sociales la diligence qu'il a continué de mettre dans ses propres affaires. Son coassocié, qui l'a choisi, doit, après tout, ne s'en prendre qu'à lui-même s'il n'a pas fait un meilleur choix. « Sufficit etenim, « talem diligentiam communibus rebus adhibere « qualem suis rebus adhibere solet. Quia, qui parum « diligentem sibi socium acquirit, de se queri de- « bet (10). »

568. Ces idées sont ingénieuses; elles sont excellentes. Un associé ne saurait être comparé à un dépositaire. Le dépositaire est choisi par l'amitié (11), l'associé par l'intérêt (12). On prend un dépositaire à cause de son dévouement, un associé à cause de son industrie. La qualité dominante chez le dépositaire, c'est la fidélité; chez l'associé, c'est la diligence dans les affaires. Le premier ne promet pas son habileté, le second l'engage jusqu'à un certain point. La responsabilité de celui-ci doit donc être plus grave que la responsabilité de celui-là, et si le dépositaire n'est tenu que de la faute lourde, il faut que l'associé soit tenu de la faute légère, lui dont on peut dire en quelque sorte : « *Peritiam spopondit.* »

569. Maintenant, si le déposant et le coassocié trouvaient que la faute lourde pour le dépositaire et la faute moyenne pour l'associé ne sont pas assez, on leur fermerait la bouche par une fin de non-recevoir insurmontable, sur laquelle Caius a deux fois insisté. « Prenez-vous-en à vous-même, vous, déposant, de « n'avoir pas donné votre confiance à un dépositaire « plus diligent (13); vous, associé, de n'avoir pas « choisi un coassocié doué d'une plus haute pré- « voyance (14). »

570. Vinnius, suivant le procédé des interprètes, qui vont chercher partout les raisons de douter et les raisons de décider, a posé une objection sur cette identité de réponse pour deux cas qui ne sont pas semblables (15) : il se demande pourquoi le raisonnement de Caius, victorieux pour écarter la responsabilité de la faute légère dans le cas de dépôt, n'aurait pas la même efficacité pour exonérer l'associé de la même faute? et Duvergier, exagérant ce doute, traite de paradoxal le raisonnement de Caius (16). Ce jugement est rude. Vinnius n'avait pas été si loin, et moi, je ne vais pas à beaucoup près aussi loin que Vinnius; car tout ceci me paraît la chose du monde la plus simple. Le dépositaire est, vis-à-vis de la faute légère, comme l'associé vis-à-vis de la faute très-légère; et la lutte, de part et d'autre, est tellement pareille qu'il n'est pas étonnant qu'elle se soutienne avec certains arguments communs. N'oublions pas surtout que ce n'est qu'après avoir fixé le degré de responsabilité du dépositaire et de l'associé, d'après des données prises soit dans leur position comparée, soit dans la nature même de leurs fonctions, que Caius et Justinien repoussent le déposant et le coassocié par l'argument *ad hominem* tiré de leur propre fait. Caius et Justinien commencent par faire parler la raison; puis ils coupent court à toutes les objections contre la conclusion logique, en disant aux intéressés : « Du

(1) N°s 124 et 125.

(2) Mon *Comm. de la Vente*, t. 1, n°s 361 et suiv. Idem *du Louage*, n°s 345 et 1077.

(3) STRACCHA.

(4) *De societate*, § 9.

(5) L. 72, D. *Pro socio*.

(6) CAIUS, l. 1, § 5, D. *de oblig. et act.*; Inst. de JUSTINIEN, *quibus modis re cont. oblig.*, § 3.

(7) *Pro Roscio comœdo*, cap. 40; CONNANUS, *de societate*, n° 4.

(8) Nous avons vu ci-dessus, n° 27 *in fine*, que l'associé condamné par l'action *Pro socio* était noté d'infamie. CICÉRON a reproduit plus brièvement les mêmes idées dans son oraison *pro Roscio comœdo*, n°s 6 et 8.

(9) FELICIUS, cap. XX, n°s 2 et suiv.

(10) L. 72, D. *Pro socio*, et Inst. de JUSTINIEN, *de societate*, § 9.

(11) Inst., *quibus modis re cont. oblig.*, § 3.

(12) *Suprà*, n° 8.

(13) CAIUS, l. 1, § 5, D. *de oblig. et act.*; Inst. de JUSTINIEN, *quibus modis re cont. oblig.*

(14) CAIUS, l. 72, D. *Pro socio*; Inst. de JUSTINIEN, *de societate*, § 9.

(15) Sur les Inst., *loc. cit.*

(16) N° 316.

« reste, le droit de vous en plaindre ne vous appartient « pas. »

Il ne faut donc pas croire, avec Duvergier, qu'en pressant l'idée de Caius on en ferait sortir l'absolution de toutes les fautes, et qu'il suffirait de dire : « Votre « dépositaire, votre coassocié, sont très-négligents « de leurs propres affaires; vous deviez le savoir. « Prenez-vous-en donc à vous-même s'ils sont aussi « très-incapables dans la garde du dépôt et dans les « affaires sociales (1). » Mais pas du tout en vérité! au-dessus de la fin de non-recevoir, si juste et si naturelle, opposée par Caius à des recherches trop minutieuses, il y a des raisons de moralité, de bonne foi, d'imputation, qui règlent la mesure de la responsabilité dans de sages limites. Ce n'est que lorsque des intérêts trop exigeants viennent errer bien haut que le champ de la responsabilité n'est pas assez large, qu'on les arrête en leur rétorquant leur propre faute.

571. Un point plus délicat, c'est la saine intelligence de ce paragraphe de Caius et de Justinien, qui, après avoir décidé que l'associé est tenu de la faute

---

(1) **Add.** Voici l'opinion de DUVERGIER, n° 316 : « Peut-on aussi ériger en règle constante que sa responsabilité sera à couvert, comme l'enseignent Pothier et Vinnius, lorsqu'il aura apporté aux affaires communes la même vigilance qu'aux siennes; quoique cette vigilance ne soit pas celle qu'on peut attendre d'un homme actif et intelligent ?

« Je n'hésite pas à répondre négativement. La gestion des biens de la société et les actes dont elle se compose, doivent être appréciés en eux-mêmes, non par comparaison avec la gestion des biens personnels de l'associé.

» Le raisonnement de Gaius, reproduit par Pothier, a, il faut en convenir, quelque chose de spécieux : il semble en effet juste et naturel que, lorsque des associés reprochent à l'un d'eux son incurie, son incapacité, celui-ci puisse leur répondre : Vous me connaissiez ou vous étiez censés me connaître, lorsque nous avons contracté; vous ne pouviez pas attendre de moi une activité ou une intelligence supérieures à celles que je montrais pour mes intérêts personnels : j'ai fait pour la société comme pour moi; vous n'avez pas à vous plaindre.

» La réflexion fait bientôt apercevoir ce qu'il y a de paradoxal dans cette théorie.

» Si elle était admise, elle fournirait une excuse non-seulement pour les fautes très-légères, mais même pour les fautes lourdes. Je suis très-incapable, très-négligent dans mes propres affaires, dirait l'associé, ne trouvez pas mauvais que je le sois aussi dans les affaires sociales.

» Pothier a compris combien une pareille conséquence jetait de défaveur sur sa doctrine, aussi cherche-t-il à l'écarter.

» Il se demande si un associé pourrait s'excuser même de la négligence crasse, s'il était constant qu'il apportât cette négligence à ses propres affaires; et il répond : Non; si on n'exige pas d'un associé, pour les affaires de la société, le soin le plus exact qu'ont, dans leurs affaires, les plus habiles pères de famille, c'est qu'il peut n'être pas capable de ce soin. Mais chacun est présumé capable du soin ordinaire qu'apportent à leurs affaires les personnes les moins intelligentes; et lorsqu'il n'apporte pas ce soin, on présume que c'est par une paresse volontaire et condamnable dont, à la vérité, il n'est comptable à personne pour ses propres affaires; mais dont il est comptable à ses associés, lorsqu'il a eu cette paresse pour des affaires communes.

» Dans ce passage, on aperçoit la lutte d'un esprit droit qui, sorti de la vérité, s'efforce d'y rentrer; et l'on y trouve des armes fournies par lui-même pour combattre son erreur. En effet, la doctrine qu'adopte Pothier est que la capacité et la vigilance d'un associé, dans ses propres affaires, doivent servir de type et de mesure, pour juger ses actes dans la gestion de la société. Mais lorsqu'il voit où le conduit la règle, ainsi formulée, il la modifie, ou plutôt il l'abandonne, en croyant la maintenir; car il reconnaît que l'associé est censé avoir promis à ses coassociés une capacité et une vigilance ordinaires, ce qui est certainement incompatible avec l'idée qu'il ne s'est engagé à faire pour la société que ce qu'il fait pour lui-même; en d'autres termes, à gérer négligemment les affaires communes, s'il est négligent dans la gestion des siennes. Entre ces deux systèmes contradictoires il n'y a pas de fusion possible, de conciliation praticable; l'un des deux doit être absolument rejeté. Or, d'après Pothier lui-même, et si l'on se rend un compte exact de l'enchaînement de ses idées, la préférence sera accordée à celui qui admet, de la part de chaque associé, l'engagement de bien administrer la société, indépendamment du plus ou moins d'habileté et d'exactitude qu'il apporte dans l'administration de son avoir particulier.

» N'est-il pas, en effet, raisonnable de supposer que les contractants ont entendu s'obliger, les uns envers les autres, à être actifs et vigilants et à faire dans l'intérêt commun des efforts qu'ils n'auraient peut-être pas faits pour eux-mêmes? Ne serait-il pas absurde de croire que les associés se sont réciproquement accordé le droit d'être imprévoyants et inhabiles sous prétexte qu'ils se sont montrés tels dans leurs affaires personnelles ?

» Comment d'ailleurs prêter aux parties ces étranges intentions, précisément lorsqu'il s'agit de la société, contrat qui a pour but la production de bénéfices, et dans lequel par conséquent chaque partie est plus que, dans aucun autre, obligée d'être soigneuse et vigilante ?

» Ainsi les tribunaux décideront sur chaque fait d'après les circonstances. La condition des personnes, leur degré d'instruction, la nature des actes qu'elles auront été chargées de faire, auront souvent, je le reconnais, de l'influence sur les décisions. Mais il ne faut pas ériger en maxime, que le soin que chaque associé est réputé avoir promis et doit donner, en effet, à la gestion des affaires sociales, est seulement celui qu'il apporte à ses propres affaires; il ne faut pas surtout dire, avec Pothier, que c'est celui que les personnes *les moins intelligentes* donnent à la gestion de leurs biens. » Op. conf. de PARDESSUS, n° 1017.

Parmi les partisans de l'opinion contraire qui ont suivi l'opinion de POTHIER, il faut citer MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 113 : « Pour accorder une action, il faut que la faute soit évidente et grave, par rapport à la personne qui l'a commise; car la gravité de la faute doit surtout être appréciée d'après l'intelligence de la personne à laquelle on la reproche. La société ne peut exiger de chacun de ses membres plus de lumière, de raison, de capacité que ne lui en a accordé la nature. C'est le soin qu'il apporte à ses affaires, qui doit servir de pierre de touche pour connaître si l'acte qu'on lui reproche est une faute par rapport à lui. S'il est léger, peu soigneux, étourdi, on doit se montrer moins exigeant que s'il est calme, vigilant, expérimenté dans les affaires; les autres associés ne devant imputer qu'à eux seuls le danger et les inconvénients qui peuvent résulter de leur union volontaire avec un associé qui ne présente pas les qualités désirables. L'appréciation de la faute est donc laissée à la conscience des arbitres, qui seuls peuvent prononcer sur de pareilles matières, et qui devront préalablement prendre une connaissance complète du caractère de l'associé auquel on reproche la faute. » Op. conf. de DURANTON, n° 403; de DELVINCOURT, t. VII in-8°, p. 306; de FAVARD, *Société*, ch. II, § 2, n° 4; de DALLOZ, n° 20, où il se borne à citer la loi 72, D. *Pro socio*, la loi 36, *eod.*, et la loi 52, D. *eod.*; de BOILEUX; de BILLARD DE VILLARGUES, *Société*, n° 115.

MALEPEYRE et JOURDAIN ajoutent, n° 114 : « Nous croyons cependant que la faute lourde, la faute que les anciens assimilaient au dol, la négligence excessive, ne peut jamais être excusée, lors même qu'il serait constant que l'associé apporte une semblable négligence à ses propres affaires. Lorsqu'il néglige ses affaires privées, il en subit seul les conséquences; mais lorsque, par une négligence volontaire et condamnable, il nuit aux affaires de la société, il doit indemniser les associés du préjudice qu'il leur fait éprouver. C'est l'opinion de Pothier, et nous l'adoptons, pourvu toutefois que l'associé soit doué du degré d'intelligence ordinaire; autrement les coassociés seraient coupables de la grave imprudence de s'être associés avec un homme envers lequel la nature se serait montrée ingrate, et leur propre faute couvrirait d'avance celle de l'associé. » Op. conf. de DURANTON, n° 403.

légère, retournent cette idée sous une autre forme, en disant qu'il doit aux affaires sociales la diligence qu'il a coutume d'apporter dans ses propres affaires. Or, ce degré de diligence est précisément celui sur lequel s'arrête le jurisconsulte Celsus pour formuler l'obligation du dépositaire (1); du dépositaire, dis-je, dont nous avons vu tout à l'heure la condition si nettement séparée de celle de l'associé par le texte des Institutes! « Nec, salvâ fide (je cite Celsus), minorem iis, quàm suis rebus, diligentiam præstabit. » Comment se fait-il donc qu'en partant d'une obligation égale, on arrive à une inégale responsabilité? Si la conformité aux habitudes individuelles est la mesure unique de la prudence du dépositaire et de l'associé, pourquoi l'un est-il classé parmi ceux qui ne répondent que de la faute lourde, taudis que l'autre figure parmi ceux qui répondent de la faute légère? Pourquoi le manquement à la diligence habituelle chez le déposant est-il pour Celsus la faute lourde, tandis que le même manquement chez l'associé réveille, pour Caius, une plus sévère responsabilité? Quoi! un associé négligent pour ses affaires pourra impunément traiter avec incurie les affaires sociales! On l'excusera de son insouciance, lui qui a promis son industrie et son habileté! On aura pour lui la même indulgence que pour le dépositaire qui n'a offert que sa bonne volonté!

572. Pour concilier cette apparente contradiction, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de se jeter dans la discussion du système de la faute lourde *in obstracto* et de la faute lourde *in concreto*, de la faute légère *in abstracto* et de la faute légère *in concreto*. J'ai touché cette théorie dans mon *Commentaire de la Vente* (n° 388), et j'ai dit de combien de critiques elle peut être l'objet.

573. Mais ce qui fait que j'adopte à la fois l'opinion de Celsus et celle de Caius, ce sont les réflexions suivantes :

Celsus avait à juger le dépositaire, c'est-à-dire, un homme serviable qui rend un office amical, sans rien promettre ni expressément ni implicitement sur sa capacité personnelle pour la gestion d'une affaire. Le jurisconsulte l'a donc pris avec ses défauts naturels, quelquefois graves, mais non pas affectés; et il les lui passe, lorsqu'il les porte dans l'administration de ses propres affaires, et qu'il est avéré qu'il n'est pas plus prudent pour soi-même que pour autrui. La faute, d'après Celsus, ne commence pour le dépositaire que lorsqu'il soigne sa propre affaire plus que celle de son dépôt, et cette faute est lourde parce qu'elle est un manque de foi, une sorte de dol. Peu importerait, du reste, qu'en elle-même, *in obstracto*, la négligence portât un certain caractère de gravité. Celsus ne la considère que relativement; elle cesse d'être punissable dès l'instant qu'elle est une habitude du dépositaire dans les choses qui l'intéressent personnellement.

Quant à Caius, la position qu'il devait fixer était bien différente : c'est un associé dans lequel on a cherché un auxiliaire industrieux, et qui s'est donné comme tel. Il a formé une société dont le travail est l'élément; il s'est fait l'agent d'une entreprise de bénéfices. Comment supposer, dans de pareilles circonstances, qu'il puisse être un homme livré à l'incurie dans le gouvernement de ses propres affaires? Le choix qui a été fait de lui, joint à l'engagement qu'il a contracté, donne la double assurance qu'il ne peut être qu'un homme rangé et diligent, un père de famille soigneux, économe, laborieux. Voilà donc l'homme que Caius a en vue : tel est l'individu sur lequel il raisonne. Il le prend avec sa bonté présumée, comme Celsus acceptait le sien avec ses défauts probables. Il suit de là qu'en réclamant de l'associé, pour les affaires de la société, ces bonnes habitudes d'ordre, de vigilance, d'activité, qu'il est impossible de séparer de sa personne, le jurisconsulte a pensé sagement qu'il excluait jusqu'aux fautes légères, c'est-à-dire jusqu'à l'omission de ces soins qu'un père de famille aussi diligent que tout autre apporte à la conservation de sa chose.

Ne nous étonnons donc pas si, en procédant avec la même mesure, Celsus et Caius sont arrivés à des résultats différents; c'est qu'ils l'appliquaient, cette mesure, à des individualités inégales et agissant dans des conditions fort diverses. Demander au dépositaire de transporter dans la garde de son dépôt ses habitudes telles quelles de diligence, c'est supposer nécessairement qu'on pourra trouver en lui une certaine incurie naturelle, mais une incurie excusable, malgré quelque gravité. Donc, pour connaître le point où la répression devra prendre naissance, Celsus a senti à merveille qu'il ne fallait pas s'attacher à l'acte considéré en lui-même, mais qu'il fallait le comparer aux habitudes de la personne, le juger relativement. S'écarter de ses habitudes pour être moins vigilant dans l'intérêt d'autrui que dans son propre intérêt, voilà la faute, voilà ce qui est punissable; voilà ce qu'on peut comparer au dol.

Mais exiger de l'associé les soins dont il s'environne habituellement pour la conservation de son patrimoine, c'est tout autre chose; car cet associé est présumé avoir toutes les qualités du bon père de famille. Dira-t-il qu'il n'est pas expérimenté, habile, économe? Il ne l'oserait, car il s'est laissé choisir comme expérimenté, habile, économe. Il est donc censé se comporter comme les hommes attentifs et diligents. Maintenant, que voulez-vous de plus? N'est-ce pas assurer à la société tous les soins du bon père de famille? n'est-ce pas la préserver de la faute lourde et de la faute légère? n'est-ce pas dire qu'elle n'excusera pas le défaut de cette vigilance qui est le partage de l'homme rangé? Telle est la pensée de Caius dans son appréciation de la moralité de l'acte : le relatif est dominé par un certain aspect de l'absolu. Le renvoi de l'associé à ses habitudes privées est mélangé de l'idée que cet associé réalise le type du bon administrateur.

574. C'est faute d'avoir fait attention à ces nuances qu'un auteur moderne (2) a cru voir une inconséquence répréhensible dans la théorie de Caius, érigée en loi par Justinien et reproduite par Pothier (3). De ce que l'associé est jugé par eux d'après sa conduite habituelle dans ce qui l'intéresse personnellement, cet auteur veut absolument qu'il s'ensuive que si cet associé est négligent pour lui-même, il soit autorisé à gérer avec négligence les affaires de la société. Cela serait vrai si Caius, Justinien, Pothier, placés au même point de vue que Celsus, n'eussent fait aucune différence entre l'associé et le dépositaire. Mais il n'en est pas ainsi : l'associé est envisagé par ces imposantes autorités comme investi de toutes les bonnes qualités du père de famille et comme inaccessible à ces négligences que Celsus admet dans le dépositaire. Cela est si vrai que Caius, Justinien et Pothier se prévalent

(1) L. 32, D. *Depositi vel contrà; junge* Ulpien, l. 22, § 3, D. *ad senatusc. Trebell.*; mon *Commentaire de la Vente*, t. I, n° 389.

(2) Duvergier, n° 326; *suprà*, n° 570.

(3) *Société*, n° 124.

de son aptitude, d'une part comme d'une raison assez puissante pour exiger plus que la responsabilité de la faute lourde, de l'autre comme d'une garantie assez forte pour dispenser de la responsabilité de la faute légère. Avec toutes ces conditions, il n'y a pas à craindre de rencontrer une négligence naturelle excusable dans la vie d'un individu placé dans un tel milieu; l'on ne risque rien de s'en rapporter, dans la gestion sociale, à la prudence qu'il montre pour la conservation de son patrimoine.

575. Maintenant, je ne nie pas que certains interprètes n'aient tiré d'autres conclusions de la loi 72, D. *Pro socio* (1). Ils avaient même trouvé le moyen d'introduire la faute très-légère dans la responsabilité de l'associé! Non pas précisément en vertu de la nature de la société (2), mais par des causes accidentelles, par exemple quand un associé était très-diligent pour ses propres affaires, quand il s'était chargé de la garde des choses sociales, surtout s'il recevait un salaire pour ses soins, etc., etc. (3). Là-dessus, on faisait des distinctions subtiles : Felicius voulait que, quand même un associé aurait promis le garde des choses sociales, il fût exempt de la faute très-légère, lorsqu'il n'avait pas dans le gain une récompense de ce surcroît de diligence; car, disait-il, étant assujetti pour le gain aux principes ordinaires de la société, il ne serait pas juste qu'il fût assujetti pour la responsabilité à des principes exceptionnels et hors de la nature de ce contrat (4). Mais si l'associé avait une récompense dans les gains pour l'indemniser de sa garde, Felicius décidait que la faute très-légère lui était imputable (5). Il y avait encore sur cette matière d'autres distinctions et d'autres cas que Felicius traitait de songes ridicules; j'en ferai grâce au lecteur.

576. Le code civil avait voulu éviter toutes ces controverses d'autrefois (6); il en a fait naître de nouvelles. Les esprits ne sont pas moins partagés que jadis sur la prestation des fautes. Et, par exemple, dans le contrat de société qui nous occupe, la faute très-légère a trouvé, sous le code civil, des partisans beaucoup plus absolus que dans l'ancienne jurisprudence. Je ne les suivrai pas dans leurs argoments; je crois les avoir réfutés ailleurs avec avantage, et je n'ai aucune raison nouvelle de modifier mes conclusions. Le code civil n'a pas pour principe de sévir contre les fautes très-légères commises dans l'exécution des contrats. La haute prévoyance, qui seule en met à l'abri, est trop au-dessus de l'aptitude moyenne de l'homme; elle exige trop d'efforts sur soi-même; elle commande une attention trop près de l'infaillibilité, pour que le législateur l'impose de plein droit dans l'accomplissement des obligations conventionnelles; il se contente de la prudence du bon père de famille (7), terme moyen entre une organisation extraordinaire et l'homme insouciant qui se laisse aller à l'oubli des affaires. Le bon père de famille est le type de la vertu civile, que le code place, avec Aristote, dans la médiocrité. Nul n'est tenu de faire plus que lui; on n'exige pas la perfection. Nul n'est autorisé à faire moins que lui, à moins que la loi ou la convention ne limitent expressément la mesure ordinaire de la responsabilité.

Or, l'art. 1850 contient-il une de ces restrictions? Nullement. En rendant l'associé passible des dommages et intérêts causés par *sa faute*, il se sert d'une formule faite exprès (8) pour placer l'associé sous l'empire des principes généraux relatifs à l'imputation. Quand est-il en faute? Est-ce dans le cas des plus simples omissions? Ou bien ne serait-ce pas quand il s'exempte des soins du père de famille diligent? L'art. 1850 a affecté de laisser intactes ces questions, décidées dans une autre partie du code civil.

Et puisque le droit commun, consacré par la sage philosophie du législateur moderne, est que chacun est astreint à le diligence du bon père de famille, il s'ensuit que l'associé répond, non pas seulement de la faute lourde, mais encore de la faute légère. Il n'y a que la faute très-légère pour laquelle on ne saurait le rechercher (9).

Cette interprétation a, du reste, un mérite : c'est qu'elle met le code civil en harmonie avec les textes du Digeste et des Institutes, et avec la sagesse des grands jurisconsultes de Rome. Elle est surtout conforme aux sentiments de confraternité qui doivent présider aux rapports des associés. Combien n'y aurait-il pas d'inconvénients à autoriser des associés à se harceler par des tracasseries minutieuses, et à faire des moindres choses un sujet d'hostilité? Je me rappelle ici une observation d'un commentateur de la coutume de Bourgogne (10) cité par Auroux des Pommiers (11) : « Tenetur magister rationem administrationis suæ reddere, *non tamen scrupulosè et strictè*, sed *bonâ fide*, id est, *en gros et à plus près.* »

Et l'on voudrait qu'il fût attaquable pour une faute très-légère (12) !

577. Delamarre et Lepoitevin n'hésitent pas à adopter, contre Toullier, notre manière de voir sur la division des fautes (13); l'approbation de ces savants auteurs est pour moi un motif de plus de persister dans ma conviction (14). Ils pensent cependant qu'en

---

(1) Voy. Voet, *Pro socio*, n° 12; mon *Comm. de la Vente*, n° 393.

(2) *Non ex propriâ naturâ societatis*, dit Felicius, ch. XXI, n° 10.

(3) Menoch., cons. 353, n° 17, lib. 4; Straccha, décis. 172, n° 1.

(4) *Loc. cit.*, nos 12 et 13.

(5) Nos 16, 17.

(6) **Add.** Parmi les anciens jurisconsultes qui enseignent que l'associé n'est point responsable des fautes très-légères, Duvergier, n° 24, cite : Despeisses, *de la Société*, sect. II, § 24, n° 4; Rousseau de Lacombe, v° *Société*, sect. 3, n° 19; Domat, liv. I, tit. VIII, sect. IV, n° 3; Pothier, *de la Société*, n° 124.

(7) Mon *Comm. de la Vente*, t. I, nos 395 et 399.

(8) Discussion du conseil d'État : Treilhard. Voy. Fenet, t. XIV, p. 373.

(9) J'ai réfuté le système contraire de Duranton dans mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 393.

(10) Decullant.

(11) Sur l'art. 268, n° 12.

(12) Duranton, t. XVII, n° 403; Malepeyre et Jourdain, nos 112 et 113; Duvergier, n° 326, ont traité cette matière chacun à leur point de vue.

On peut consulter aussi, sur la théorie des fautes en général, une analyse de l'ouvrage de M. Hasse, par M. d'Hautuille. (*Revue des revues de droit*, t. I, p. 24.)

Add. Duvergier dit, n° 330 : « Suivant les principes généraux du droit, il y a faute, de la part de l'associé administrateur, soit lorsqu'il fait ce qu'il ne devait pas faire, soit lorsqu'il omet de faire ce qui devait être fait. Il est d'ailleurs responsable, aussi bien lorsque sa faute cause une perte à la société, que lorsqu'elle la prive d'un gain sur lequel elle devait compter. »

(13) *Traité du Contrat de commission*, t. II, nos 215, 227 et suivants.

(14) Ils me font cependant des objections de détail, que j'examinerai dans mon comm. du titre *du mandat*.

matière de commerce plus de rigueur est indispensable que dans le droit civil (1). Si le droit civil ne recherche, suivant eux, que la faute légère, le droit commercial doit rechercher la faute très-légère. Mais, je l'avoue, ce n'est pas sans peine que je pourrais me rendre à cette exception. Straccha ne demande pas à un commerçant plus de sagesse et de diligence qu'aux autres hommes : « Lex vult, dit-il, *unumquemque sapientem et diligentem esse.* Ideo enim « natura homini et rationem et intellectum dat ut « eis utatur. Nec enim frustra natura hominibus hoc « sublime donum dedit! *Ideo secundum contrac- « tuum genera veniunt culparum genera* (2); » et il renvoie aux lois romaines et à Balde. Ainsi, ce sont les principes admis par le droit civil pour tous les contrats, qui font la loi des conventions commerciales. Voilà l'un des plus savants fondateurs de la jurisprudence commerciale qui atteste qu'il n'y a pas, sur la matière des fautes, un droit commercial distinct du droit civil! Je pense que telle est la vérité. Les idées sur lesquelles repose le système du code civil, relatif à la responsabilité, sont empruntées à des principes trop généraux et trop philosophiques, pour devoir être rapportés à une seule classe de citoyens.

Afin de se convaincre, d'ailleurs, de l'inutilité de faire une règle particulière pour le code de commerce, il suffit de remarquer que, pour bien saisir ce type du bon père de famille offert par le législateur pour terme de comparaison, il ne faut pas l'isoler du milieu dans lequel il est destiné à agir. Ainsi, il y a dans chaque profession un père de famille modèle, avec telles ou telles vertus qui lui sont particulières et qui sont inutiles quelquefois dans d'autres professions. Eh bien! l'imputabilité en matière commerciale se réglera sur le négociant qui, par sa diligence, mérite d'être appelé *paterfamilias diligens*.

577 2° (3).

577 3° (4).

578. Il ne nous reste plus qu'à mettre en relief le dernier paragraphe de l'art. 1850, d'après lequel l'associé débiteur de dommages et intérêts, à cause de sa faute, ne peut compenser ce qu'il doit de ce chef avec les profits que son industrie aurait procurés dans d'autres affaires à la société. Cette règle est empruntée à Paul (5) et à Ulpien (6). « *Non compensa- « tur compendium cum negligentiâ*, » disait ce dernier avec une sentencieuse énergie (7). La raison en est claire; ces profits ne lui appartiennent pas, ils sont à la société (8); dès lors la société ne lui doit rien, et la matière manque à la compensation (9).

578 2° (10).

(1) N° 330.

(2) *De nautis*, nos 16, 17.

(3) **Add.** *La responsabilité sera plus sévèrement appliquée, si l'administrateur reçoit, à raison de ses fonctions, ou un salaire, ou une part plus grande dans les bénéfices.* — DUVERGIER dit, n° 328 : « Si l'associé administrateur reçoit, en cette qualité, ou un salaire fixe, ou une part plus grande dans les bénéfices, ce sera un motif de se montrer plus sévère dans l'appréciation de ses actes. L'art. 1992 du code civil déclare que la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire. »

(4) **Add.** *Et si un associé non administrateur s'est immiscé dans la gestion et a causé une perte par sa faute.* — DUVERGIER dit, n° 329 : « Également, l'associé qui s'immiscerait dans la gestion, lorsqu'elle aurait été confiée à un autre, n'aurait à espérer aucune indulgence ; ce serait déjà une faute de s'être mêlé de l'administration, contrairement aux conventions qui régissent la société.

« Il serait même responsable du cas fortuit qui ferait périr une chose commune entre ses mains, quoique, en général, les associés ne soient point tenus de la perte causée par cas fortuit : car alors le cas fortuit serait précédé d'une faute. Toutefois, il serait à l'abri de la responsabilité, s'il prouvait que la chose aurait également péri entre les mains de l'administrateur désigné. »

(5) L. 25, D. *Pro socio*.

(6) L. 26, D. *Pro socio*.

(7) *Junge* POTHIER, n° 125.

(8) TREILHARD, *Exposé des motifs*.

(9) **Add.** Op. conf. de DELVINCOURT, t. VII in-8°, p. 306 : « Pourvu que ce soit le genre d'industrie *qui* était l'objet de la société, car autrement il pourrait compenser ; » de DUVERGIER, n° 331 ; de O. LECLERCQ, qui ajoute t. VI, p. 252 : « S'il pouvait compenser les profits avec des dommages, il réduirait son obligation à néant, ce qu'il ne peut faire.

« Je dis ceci, parce que je crois que celui qui gère les affaires d'un absent sans mandat, peut compenser les dommages avec les profits ; celui-ci n'est pas obligé de lui procurer des profits, on ne prend ordinairement une pareille gestion, que pour la conservation des choses de l'absent. »

(10) **Add.** *Pourrait-il du moins faire accepter, comme indemnité, les bénéfices qu'il aurait procurés précisément dans la même affaire, où sa négligence aurait causé une perte?* — DUVERGIER répond, n° 331 : « Le texte de la loi semble conduire à une solution affirmative, puisque les profits qu'elle défend d'admettre en compensation sont ceux qui ont été faits dans d'*autres* affaires. Mais dans la pratique, l'application de cette doctrine sera rare ; il n'arrivera pas souvent que, dans une seule et même affaire, il y ait véritablement, tout à la fois, bénéfices nés de l'industrie d'un associé et dommage produit par sa faute. Lorsque, par exemple, une opération aura donné à la société des profits qui seront déjà réalisés et dont elle sera saisie, et qu'une autre opération distincte de la première, quoiqu'elle en soit la suite et la conséquence, causera une perte, l'associé ne pourra point s'affranchir de la responsabilité imposée par la seconde, en faisant valoir l'heureux succès de la première. Ce ne sera pas là, à mon avis, une seule et même affaire, quoique les deux actes soient relatifs à un même objet et liés entre eux par une certaine connexité. Ainsi, un associé est chargé de vendre des marchandises appartenant à la société, pour en acheter d'autres ; il fait la vente à des conditions très-avantageuses, et procure par là un bénéfice certain et réalisé, puis, imprudemment, il achète, à un prix excessif, des denrées de mauvaise qualité, il n'y aura point compensation entre la perte résultant de ce dernier marché, et le profit qu'avait donné le premier. Pardessus n'examine pas précisément la question ; mais on peut conclure de quelques-unes des expressions qu'il emploie, qu'il la résoudrait conformément à l'avis que je viens d'émettre. « Il (l'associé) n'est pas même admis, dit-il, à « opposer, en compensation, les profits plus considérables qu'il « aurait procurés à la société dans d'*autres circonstances*, par « les soins et le genre d'industrie qu'il est tenu de lui consacrer. « En gérant bien, il n'a fait que ce qu'il devait, et l'observation « de ses devoirs *dans un cas* ne l'excuse pas de l'inobservation « *dans les autres*. »

O. LECLERCQ dit aussi : « La loi, en interdisant cette compensation dans d'autres affaires, semble la permettre, lorsque c'est la même. De plus, une affaire doit être considérée comme un seul tout, on doit donc seulement examiner s'il y a des dommages, et il n'en existe qu'après la déduction des profits qui ont lieu dans la même opération ; et s'il reste des dommages après cette déduction, il en sera tenu. »

DURANTON dit, n° 403 : « Toutefois, s'il s'agissait de la même opération, il faudrait considérer cette opération dans son ensemble. »

Art. 1851. Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société, sont des corps certains et déterminés, qui ne se consomment pas par l'usage, elles sont aux *risques* (1) de l'associé propriétaire.

Si les choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles sont destinées à être vendues, ou si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société.

Si la chose a été estimée, l'associé ne peut répéter que le montant de leur estimation.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 28. *Si les choses dont la jouissance seulement a été mise dans la société, sont des corps certains et déterminés qui ne se consomment pas par l'usage, elles sont aux risques de l'associé.*

Si ces choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles ont été destinées à être vendues, si elles ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire, elles sont aux risques de la société. L'associé, dans ces derniers cas, n'est créancier que de la somme à laquelle monte l'estimation.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 20. Conf. à l'art. 1851.

(a) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Les règles d'après lesquelles l'usufruitier est tenu de l'entretien des choses qui périssent, faute de réparation, s'appliquent à la société.

L'art. 20 est discuté.

BÉRENGER dit qu'il est des choses qui, sans se consommer par l'usage, périssent faute d'entretien; tels sont, par exemple, les immeubles. Il serait juste de mettre les frais d'entretien à la charge de la société.

BIGOT-PRÉAMENEU dit que ce que désire Bérenger est implicitement dans le contrat et n'a pas besoin d'être exprimé, car la société est usufruitière de la chose, et dès lors tenue même des charges de l'usufruit, au premier rang desquelles se placent l'entretien et les réparations usufruitières.

Ce principe, très-clairement posé au titre *de l'usufruit*, et pour tous les cas qui s'y rapportent, n'offrirait ici qu'une très-inutile répétition.

TREILHARD dit que l'unique objet de l'article est de mettre en opposition le cas où il s'agit de choses qui se consomment par l'usage, avec le cas contraire; mais il n'exclut pas la règle générale que les frais d'entretien sont dus par la société.

L'article est adopté.

SOURCES.

Leg 58, D. *Pro socio.* — POTHIER. *Société*, nos 54, 126.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1725. Conf. à l'art. 1851, C. F.
Louisiane. — 2834. Id.
Sardaigne. — 1874. Id.
Canton de Vaud. — 1328. Conf. à l'art. 1851, C. F.
Hollande. — 1668. Id.
Haïti. — 1620. Id.

SOMMAIRE.

579. Le législateur ne se fatigue pas de suivre Pothier pas à pas.
580. La société devient propriétaire des mises. A la dissolution, l'associé ne peut reprendre son apport en nature.
581. Il n'en est pas de même quand l'associé n'a fait qu'apporter la jouissance d'une chose. Il reprend cette chose en nature.
582. Mais elle périt pour lui.
583. Et elle se dégrade pour lui quand la société est exempte de faute.
584. Est-ce à la société à prouver qu'elle est exempte de faute?
584 2°. *Interprétation de la clause portant qu'un associé met dans la société telle chose, sans déclarer si c'est pour la propriété ou pour la jouissance seulement.*
584 3°. *La clause portant que l'un des associés prélèvera l'intérêt de sa mise, ne suffit pas pour réduire cette mise à la simple jouissance.*
584 4°. *Lorsqu'en même temps que le capitaliste s'est réservé de prélever l'intérêt de sa mise, l'industriel a stipulé qu'il lui serait payé annuellement un salaire de son travail, les mises respectives sont présumées n'être que de la jouissance.*
585. Exceptions à la règle que la chose mise dans la société, pour la jouissance seulement, périt pour l'associé propriétaire. Il y en a quatre.
586. *Première exception.* Les choses qui se consomment par l'usage sont aux risques de la société.
Raison de cette exception.
587. Question autrefois agitée à ce sujet. Les anciens jurisconsultes décidaient que puisque le capitaliste retirait le gain de son argent, l'industriel devait être exempt de la perte.
Pothier passe ce sentiment sous silence. Il applique à l'associé qui a apporté la jouissance de son argent, le principe du prêt sur la perte de l'argent prêté.
588. *Deuxième exception.* Les choses qui se détériorent en les gardant, périssent pour la société à laquelle un associé en a conféré la jouissance.
Raison de cette exception.
589. La détérioration et la perte partielle sont aussi pour la société.
590. Quelle est l'époque que l'on doit considérer pour apprécier la chose?
591. Du reste, l'associé est le maître de reprendre la chose même, au lieu de la valeur.
592. *Troisième exception.* Les choses destinées à être vendues, dont la jouissance a été mise dans la société, périssent pour la société.
Motifs de cette exception.

---

(1) Ce mot est italien : les jurisconsultes du XVIe siècle et des suivants, STRACCHA, CASAREGIS, l'ont latinisé par le mot *risicum*.

593. Explication d'une loi romaine, qu'on pourrait à tort regarder comme contraire.
594. De l'époque à laquelle doit être appréciée la chose.
595. *Quatrième et dernière exception.* La chose estimée, dont la valeur a été mise dans la société, périt pour elle.
596. Cette règle a lieu alors même que la chose est immeuble.
597. Toute estimation présentant un caractère bilatéral doit être prise en considération, quand même elle ne serait pas portée dans un inventaire.
598. Cette estimation fait loi. Point de rescision pour vileté d'estimation en cette matière.
599. Cinquième exception proposée par Duranton et repoussée.
600. Les règles de responsabilité données par notre article peuvent être modifiées par la convention.

COMMENTAIRE.

579. Le législateur ne se fatigue pas de suivre la marche de Pothier. Pourquoi s'en plaindre? Un bon guide est trop rare pour qu'on se sépare de lui; et les rédacteurs du titre *des sociétés* ne pouvaient rien faire de mieux que de dire au sage interprète de la raison dans le droit français :

« ... Doceas iter, et sacra ostia pandas (1). »

L'art. 1851 et les suivants vont donc nous présenter l'analyse du chapitre de Pothier intitulé : « Des choses dont un associé peut être créancier de la société et dont les autres associés sont obligés de lui faire raison, *chacun pour sa part qu'il a dans la société* (2). »

580. Il est une vérité souvent répétée dans le cours de cet ouvrage, à savoir, que les choses mises dans la société forment un capital, dont la propriété cesse d'appartenir aux associés pour passer dans le domaine du corps moral (3). Il est clair, par conséquent, que, pendant la durée de la société, l'associé n'a plus sur cette chose que des droits éventuels qui seront déterminés par le partage. Son droit comme associé se borne à pouvoir demander, à la fin de la société, le partage des choses sociales, et ce partage porte sur les choses mêmes qu'il a apportées, car elles sont devenues communes; il ne peut les reprendre en nature, il ne peut les prélever (4). La proposition contraire, enseignée par Vincens, est une erreur trop grande pour avoir besoin de réfutation (5).

581. Il n'en est pas de même des choses dont il n'a fait que mettre la jouissance dans la société; il est resté propriétaire de ces choses; car l'usufruit seul en a été transféré à la société (6). Ces choses doivent lui être restituées à la fin de la société; il est le créancier de la société pour ces choses mêmes (7).

582. Pour mieux développer cette règle, qu'il n'y a pas eu déplacement dans la propriété, l'article 1851 établit que les choses, dont la jouissance seule a été mise dans la société, sont aux risques de l'associé qui en a fait l'apport. *Res perit domino;* le risque suit le maître de la chose (8).

Et maintenant voici où conduit cet adage appliqué à l'associé propriétaire :

S'il est vrai que la conservation de la propriété sur

---

(1) Virgile, lib. 6, v. 109.

(2) No 126 et suiv. J'explique cette observation de Pothier : *Pour leur part et portion, infrà,* nos 586, 611, 612.

(3) *Suprà,* no 619 et *passim,* et combinez-les avec le no 70.

(4) Pothier, *Société,* no 133; Delvincourt, t. III, notes, p. 128; Duvergier, no 178.

Add. Duranton, no 404.

(5) T. I, p. 366, 367, no 6.

Add. Voici comment s'exprimait Vincens : « Si, pendant la société, les mises se confondent, le domaine cependant reste à ceux qui les ont fournies, et ne se communique point d'un associé à l'autre. Ainsi, ni l'apport en société, ni le retirement de ce qu'on y a mis, ne constitue une mutation de propriété, et n'est soumis à aucun droit proportionnel d'enregistrement; au partage, ce droit n'est dû que sur ce que chacun acquiert, soit que cette acquisition dépende d'échange ou d'aliénation des portions qui appartenaient aux autres, ou de la distribution des immeubles acquis des deniers sociaux, si elle était faite autrement qu'en proportion des intérêts primitifs. »

(6) *Suprà,* no 538.

(7) Pothier, no 126.

(8) Voyez, sur l'adage *Res perit domino,* mon *Comm. de la Vente,* t. I, no 358.

Add. Duvergier dit, no 171, en parlant de la première disposition de l'art. 1851 : « Cette disposition semble exiger, pour que les risques restent à la charge de l'associé, la réunion de ces deux circonstances : 1o que les choses qui composent sa mise, soient des corps certains et déterminés; 2o qu'elles ne se consomment point par l'usage, ne se détériorent point en les gardant, etc.

« Ce n'est pas là cependant l'interprétation qu'il faut lui donner.

« Si la chose mise en société ne se consommait point par l'usage, ne se détériorait point, n'était point destinée à être vendue, en un mot, n'était point de celles qu'énumère le second alinéa de l'art. 1851, par cela seul la perte retomberait sur l'associé : et vainement, pour la rejeter sur la société, on ferait remarquer que, lorsque le contrat a eu lieu, la chose n'était pas un corps certain et déterminé. Loin que l'incertitude ou l'indétermination des choses formant un apport social affranchisse l'associé des risques, elle en fait peser sur lui la responsabilité, alors même que c'est la propriété qui a été mise en société.

Ainsi, l'art. 1851 n'exige pas que les choses, dont la jouissance compose la mise sociale, aient été certaines et déterminées du jour même du contrat et qu'elles ne se consomment point par l'usage, pour que, durant la société, elles restent aux risques de l'associé. Il exprime seulement ce qui doit toujours infailliblement arriver dans l'hypothèse qu'il prévoit; il constate que les choses qui composent l'apport, n'eussent-elles été désignées que par leur espèce dans le contrat, seront nécessairement, dans le cours de la société, des corps certains et déterminés par la livraison qui en aura été faite; et il décide qu'elles seront aux risques et périls de l'associé, si elles ne se consomment point par l'usage, ne se détériorent point en les gardant, ne sont pas destinées à être vendues, etc.

En résumé, s'il s'agit des risques antérieurs à la livraison faite à la société, les choses qui composent l'apport peuvent être déterminées, ou indéterminées. Déterminées et ne se consommant point par l'usage, elles périront pour l'associé; déterminées et se consommant par l'usage, elles périront pour la société. Indéterminées, ou déterminées seulement par leur espèce, elles périront pour l'associé, soit qu'elles se consomment, soit qu'elles ne se consomment point par l'usage; ou plutôt on ne pourra pas dire qu'elles ont péri : *genus nunquàm perit.*

S'il s'agit de la perte survenue depuis la livraison et pendant le cours de la société, le cas où les choses seraient incertaines ou indéterminées ne peut plus se présenter; car la livraison et l'indétermination ou l'incertitude sont incompatibles. La responsabilité de la perte dépendra donc uniquement de la qualité intrinsèque des choses : elle pèsera sur l'associé, si les choses ne se consomment point par l'usage; et sur la société, si elles se consomment. »

Il ajoute, no 172 : « Ces règles sur la responsabilité des risques doivent au surplus se concilier avec celles qui déterminent les conséquences de la mise en demeure du débiteur d'une chose. La perte arrivée, après que l'associé aurait été mis en demeure, tomberait sur celui-ci et non sur la société; à moins que la chose n'eût également péri entre les mains de la société. »

sa tête le rende créancier de la chose, et lui donne une action pour la reprendre en nature, cela n'est exact et possible que lorsque cette chose existe encore à la dissolution de la société. Mais si la force majeure l'a fait périr pendant la durée de l'association, la société est quitte, pourvu qu'elle soit exempte de faute; elle n'a rien à rendre; l'associé n'a rien à réclamer (1). C'est ici le côté faible du droit de propriété dont tout à l'heure nous montrions les avantages. Nous avons vu, dans mon *Commentaire du Louage*, l'article 1810 faire l'application de ces idées au contrat de cheptel, qui est une espèce de société (2).

583. Par la même raison, l'associé doit reprendre sa chose dans l'état de dégradation qu'elle a subie par l'effet de la force majeure et sans la faute de la société (3). S'il en est autrement dans la société de cheptel, où la perte partielle est commune, c'est qu'il y a en cette matière des raisons particulières qui ont déterminé le second paragraphe de l'art. 1810 (4).

584. Je viens de dire que, dans le cas de perte totale comme dans le cas de simple détérioration, le risque ne retombe sur le propriétaire qu'autant que la société est exempte de faute.

Ici revient une question que nous avons plusieurs fois rencontrée dans nos ouvrages précédents. Lorsque le débiteur d'une chose ne peut pas la remettre au créancier, en alléguant qu'elle a péri par une cause indépendante de sa volonté, de quels éléments se compose la preuve complète de cette assertion?

Par exemple, et pour ne pas sortir du cas du société, si la société disait que la chose a péri par force majeure, lui suffirait-il de donner la justification du cas fortuit? Devra-t-elle encore prouver que ce cas fortuit a été exempt de faute de sa part?

Je réponds ici comme je l'ai fait jusqu'à présent dans les cas ordinaires de vente et de louage.

Si le cas fortuit est de ceux qui sont ordinairement mélangés de faute, comme le vol, l'incendie, c'est à la société à prouver que le vol a été commis sur elle malgré sa vigilance; que le feu a pris, quoiqu'elle eût pris les précautions de l'homme soigneux : c'est à cette seule condition qu'elle sera exonérée (5). L'article 1808, relatif à la société de cheptel, et d'après lequel le cheptelier doit prouver seulement le cas fortuit, tandis que le bailleur est tenu de prouver la faute du cheptelier, est une exception aux règles générales (6).

Si, au contraire, il s'agit d'un fait de force majeure auquel la faute ne se mêle pas ordinairement, la société aura assez fait en prouvant ce sinistre.

Ainsi, j'ai mis dans une société la jouissance de bêtes de trait, et à la fin de la société elles ne se retrouvent plus; la société prétend qu'elles ont été enlevées par une réquisition de guerre, et elle montre l'ordre du général qui l'a frappée; la voilà déchargée : la perte retombe sur moi et ma créance est éteinte, à moins que je ne prouve que c'est par d'autres causes imputables à la négligence de la société que les choses ont péri.

Mais si la société soutient que ces animaux ont été volés dans les écuries, il ne lui suffira pas de prouver le coup de main des voleurs; sa preuve ne sera complète que si elle établit aux yeux du juge que les portes étaient fermées, que les gardiens étaient à leur poste, que les précautions accoutumées avaient été prises; car c'est seulement par la réunion de ces circonstances que le fait prend le caractère de force majeure; sinon il contient une faute, et la société reste au-dessous de ses allégations.

Au surplus, j'ai si souvent traité cette question, que je crois inutile d'y insister davantage.

584 2° (7).

---

(1) **Pothier**, n° 216.

(2) N°s 1095 et suiv.

(3) **Pothier**, n° 216, art. 1245 du code civil.

(4) Mon *Comm. du Louage*, n° 1108. Mais ces raisons sont susceptibles de critique.

(5) Mon *Comm. de la Vente*, n° 402, et mon *Comm. du Louage*, n°s 216, 222, 223, 342, 364, 366, 910, 916, 959, 987, 1088, 1092; **Felicius**, ch. XXI, n° 37.

(6) Mon *Comm. du Louage*, n° 1092.

(7) **Add.** *Interprétation de la clause portant qu'un associé met dans la société telle chose, sans déclarer si c'est pour la propriété ou pour la jouissance seulement?* — Ci-dessus nous avons examiné les opinions diverses émises pour la solution de cette question. Voy. n° 123, p. 54, aux notes.

D'après **Mazerat** sur **Demante**, n° 560, on décide dans le doute que c'est la jouissance seulement que l'on a voulu mettre en société.

Duvergier, n°s 198 à 203, critique ainsi plusieurs des propositions de **Duranton** : « Duranton, qui a si bien exposé la règle générale d'interprétation, me paraît s'être mépris lorsqu'il en a fait l'application.

« Il pense d'abord que si l'acte de société porte : que les contractants auront telle part *dans les profits* ou *dans les pertes*, il est évident que l'on n'a voulu s'associer que pour les profits ou pour les pertes; que la jouissance et non la propriété des mises a été commune.

« Il ajoute qu'il y aurait encore bien moins de doute, si les objets mis dans la société par chacun des associés avaient été estimés et que, d'après l'estimation, les mises fussent inégales.

« Enfin, il considère les capitaux fournis par l'un des associés comme n'entrant dans la société que pour la jouissance, lorsque son coassocié n'a apporté qu'une somme moindre et son industrie, et à plus forte raison, lorsqu'il n'a apporté que son industrie. Il reconnaît, toutefois, que si l'industrie de l'un des associés est évidemment de beaucoup supérieure à l'intérêt des fonds qui constituent la mise de l'autre, alors on doit décider que la propriété des fonds entre dans la société.

« Sur quelques points, je suis d'un avis entièrement opposé; sur d'autres, je pense qu'il y a des distinctions à faire.

« Premièrement, la clause qui détermine les parts dans les profits ou dans les pertes n'exprime pas nécessairement l'intention de réduire les mises à l'usufruit des choses qui les composent et de placer la propriété de ces choses en dehors du fonds commun. Ce n'est point là le sens qu'elle présente à l'esprit. Il est bien plus naturel d'entendre que les associés ont voulu régler la quotité des droits de chacun dans le partage à faire, sans s'occuper de ce qui doit être partagé; qu'ils ont eu l'intention d'indiquer non pas les objets qui doivent composer la masse commune, mais la portion de chaque associé dans cette masse. S'il en était autrement, il n'y aurait de sociétés embrassant la pleine propriété des mises, que celles qui ne contiendraient pas de stipulation expresse sur les parts dans les profits ou dans les pertes; par cela seul qu'on aurait parlé de la proportion dans laquelle les bénéfices ou les pertes seraient partagés, on se trouverait avoir réduit les mises à la simple jouissance des choses qui les composent. Chaque jour cependant, les actes de société indiquent la quotité des droits des associés, ils disent combien chacun prendra dans les bénéfices et supportera dans les pertes, et personne ne songe à tirer de là la conséquence, que la propriété des choses n'est pas mise en commun.

« Aurait-on eu la pensée que le mot *profits* a une signification différente que le mot *bénéfices*; que celui qui parle des *parts dans les bénéfices* exprime une idée autre, que celui qui fixe les *parts dans les profits*; que le premier suppose une société, dans laquelle les choses entrent pour la propriété; et que le second se place dans l'hypothèse où les mises sociales se composent de la jouissance seulement? Jamais cette distinction n'a été faite. Les expressions *gains*, *profits*, *bénéfices* sont employées indiffé-

584 3° (1).

584 4° (2).

585. Maintenant, revenons à notre règle, et tenons pour constant que, en thèse générale, la chose dont la jouissance seule a été mise dans la société périt pour l'associé qui s'en est réservé la propriété.

Mais sur-le-champ arrivent les exceptions : l'article 1851 en compte quatre. Les trois premières ont lieu alors que l'apport consiste dans la jouissance de choses qui, par leur nature ou leur destination, peuvent ne pas se retrouver dans le capital social à la fin de la société, ou qui, si elles y sont encore, ont dû éprouver des dégradations, suite nécessaire de leur usage. La loi établit alors une présomption d'après laquelle l'associé est censé s'être réservé le droit de reprendre la valeur de ces choses, et non ces choses mêmes. La quatrième exception a lieu quand l'apport consiste dans la jouissance de choses estimées. L'article 1851 suppose alors que l'estimation vaut vente de la chose même, et que l'associé n'est créancier que du montant de l'estimation.

Mais, après ce court résumé de l'art. 1851, il faut entrer dans une revue plus approfondie de ces quatre exceptions.

586. 1° Si les choses dont l'associé n'a mis que la jouissance dans la société sont de celles qui se consomment par l'usage, elles passent aux risques de la société, et l'associé est créancier de la société pour autant qu'il en a donné. Lorsque la société est dissoute, il peut exiger ou une pareille quantité, qualité et valeur de ces choses, ou leur estimation à la fin de la société (3).

Cette particularité vient de ce que le propre des choses fongibles est qu'on ne peut en donner la jouis-

---

remment dans le texte de la loi et dans les ouvrages des jurisconsultes.

« Ainsi, la règle générale qui veut que les choses mises en société y entrent pour la propriété pleine et entière, subsiste et doit être appliquée, quoique les parties aient indiqué, par leur convention, la part de chacune dans les profits ou dans les pertes.

« Il en serait autrement, si elles avaient dit qu'elles n'entendent s'associer que pour les profits et pour les pertes. Une stipulation ainsi conçue serait évidemment exclusive de l'intention de comprendre dans la société la propriété des choses composant les mises sociales.

« L'inégalité entre les apports, manifestée par l'estimation, paraît à Duranton une raison de plus, pour attribuer à la clause qui règle les parts dans les bénéfices et dans les pertes, le sens qu'il lui attribue. Elle me semble au contraire tout à fait indifférente.

« Si, par l'estimation des choses qu'on met en société, il est démontré que ces choses ont une valeur différente, et par conséquent que les mises sont inégales, aux termes de l'art. 1851, les parts dans les bénéfices et dans les pertes seront inégales aussi. Par là, l'équité est pleinement satisfaite; et l'on n'a pas besoin, pour prévenir une injustice, de supposer que les contractants ont entendu borner leurs apports à la jouissance des choses qui les composent.

« Cette intention ne doit pas être admise, alors même que les associés ont, par dérogation au droit commun, stipulé l'égalité des parts, malgré l'inégalité des mises. Il est vrai que, dans ce cas, l'associé dont l'apport est moindre trouve un avantage à prendre une portion égale à celle des autres associés, dans un fonds dont il n'a fourni qu'une faible partie; mais on a déjà dit, et l'on dira bientôt de nouveau, que cette combinaison est permise : que le législateur n'a pas cru devoir la proscrire, malgré l'apparente injustice qu'elle entraîne. Rien n'autorise donc à penser que, lorsqu'elle est insérée dans un contrat de société, il faut nécessairement admettre une espèce de correctif. Vraisemblablement, les associés qu'elle lèse trouvent quelque compensation secrète dans l'ensemble des dispositions de l'acte. S'ils eussent entendu se procurer un dédommagement, en limitant leur apport à la jouissance des choses qu'ils mettaient dans la société, ils auraient exprimé formellement cette volonté; sachant bien qu'elle est une dérogation au principe général, et qu'en conséquence elle ne doit pas facilement se présumer.

« Toutefois, si la différence dans les apports était énorme, si d'ailleurs l'on trouvait dans la convention ou dans les circonstances quelque chose qui favorisât la prétention de l'associé qui demanderait à prélever sa mise, on conçoit qu'elle fût accueillie par les tribunaux. »

(1) **Add.** *La clause portant que l'un des associés prélèvera l'intérêt de sa mise ne suffit pas pour réduire cette mise à la simple jouissance.* — DUVERGIER, n° 206, dit à ce sujet : « Dans beaucoup de sociétés on stipule que les associés prélèveront l'intérêt de leur mise à cinq ou six pour cent, avant tout partage de bénéfices. Cette clause a été considérée comme exprimant l'intention de ne pas conférer à la société la pleine propriété des capitaux qu'on y apporte. Il semble en effet évident que celui qui se réserve la jouissance de son argent, à plus forte raison ne veut pas aliéner la propriété, et qu'ainsi son apport se borne à la partie de la jouissance qui excède l'intérêt stipulé.

« Cette opinion qui séduit au premier abord, et qu'une raison simple et péremptoire semble justifier, n'est pas cependant celle qu'il faut adopter.

« On vient de voir que la volonté de réduire à la jouissance les apports, ne se présume point, qu'en l'absence de toute stipulation, il y a lieu d'admettre la présomption opposée. C'est donc la clause stipulant le prélèvement de l'intérêt, qui seule intervertirait l'ordre naturel des choses, qui substituerait aux effets ordinaires de la mise en société, des conséquences anomales, qui ferait prévaloir l'exception sur le principe. Que produit-elle cependant, cette clause? Elle attribue aux associés bailleurs de fonds un avantage; elle leur accorde dans les bénéfices produits par leurs capitaux, qu'a fécondés l'industrie de leur associé, une part plus grande qu'à celui-ci. Faut-il à cette première faveur, fondée sur la supposition que la mise en argent vaut plus que la mise en travail, en ajouter une autre, en autorisant le prélèvement des capitaux? Je ne crois pas que ce soit juste et légal. L'inégalité dans la valeur des apports est compensée par l'inégalité des parts dans les bénéfices. Si les contractants n'avaient pas cru que la compensation fût suffisamment établie par ce moyen, ils étaient libres d'en prendre un autre. Ils ne l'ont pas fait; on ne doit pas suppléer à leur silence, pour étendre au delà des limites qu'ils ont eux-mêmes posées, la dérogation au droit commun.

« Qu'arriverait-il, d'ailleurs, en admettant la faculté du prélèvement des capitaux, si, pendant toute la durée de la société, les bénéfices suffisaient seulement ou payaient des intérêts? Les associés qui auraient mis leur argent ne perdraient rien, ils retireraient leur mise entière, principal et jouissance : l'industriel, au contraire, perdrait tout; il aurait travaillé sans aucun fruit. Serait-ce bien là l'égalité qui doit subsister entre associés? »

(2) **Add.** *Lorsqu'en même temps que le capitaliste s'est réservé de prélever l'intérêt de sa mise, l'industriel a stipulé qu'il lui serait payé annuellement un salaire de son travail, les mises respectives sont présumées n'être que de la jouissance.* — DUVERGIER, n° 208, s'exprime ainsi : « Toutefois, si en même temps que le capitaliste s'est réservé le droit de prélever l'intérêt de ses fonds, l'industriel a stipulé qu'un salaire lui sera payé pour son travail, on doit alors, je crois, regarder comme constante l'intention de ne pas mettre dans la société la propriété des capitaux. Les associés ont loué à la société, l'un son travail, l'autre son argent; ils ne les ont donc pas aliénés; ils n'ont mis en commun que la jouissance de leurs apports, et seulement pour la partie qui excède leur valeur locative. »

(3) Arg. de l'art. 587 du code civil.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 181. « En réalité, dit DURANTON, n° 409, la propriété de la chose a passé de la société moyennant une créance de reprise pour l'associé; c'est comme s'il avait fait un prêt à la société. »

DELVINCOURT, t. VII in-8°, p. 468, répond ainsi à une objec-

sance à autrui sans en transférer immédiatement la propriété : seulement, celui qui les reçoit est tenu d'en rendre autant (1). On sait que c'est sur ces idées que repose la théorie du prêt d'argent, ou, pour parler d'une manière plus générale et plus compréhensive, du prêt de consommation.

Ainsi, supposez que j'aie mis en société la jouissance d'un capital de 20.000 francs (2) et que cette somme périsse pendant la durée des opérations sociales, par exemple parce qu'elle aura été volée par un serviteur infidèle dans la caisse de la société : cette perte sera supportée par la société ; je n'en resterai pas moins son créancier de 20 000 francs, qu'elle sera obligée de me rendre lors de la liquidation ; mais, bien entendu que dans cette liquidation mon rôle d'associé mettra à ma charge une part de la perte des 20,000 francs correspondante à mon intérêt dans la société (3).

587. Cette décision de l'art. 1851 fait cesser une sérieuse difficulté qui partageait autrefois les plus grands jurisconsultes. Pothier a un peu écourté ce sujet dans son *Traité du Contrat de société*; il donne des conclusions rapides, sans faire assez connaître le conflit d'opinions dont elles sont laborieusement sorties : cette lacune m'a paru nécessaire à combler. Ceux qui étudient la loi avec un esprit indépendant ne peuvent bien la juger qu'en ayant sous les yeux les systèmes divers entre lesquels elle s'est prononcée.

Or donc, voici quelle était la question qu'on discutait : une société s'étant formée entre un capitaliste qui a apporté de l'argent, et un industriel qui n'apporte que son travail, qu'arrivera-t-il si la somme d'argent vient à périr? L'industriel supportera-t-il sa part dans la perte du capital?

Avant tout, on agitait la question préliminaire de savoir si le capital avait été communiqué. J'ai dit ci-dessus (4) que la négative était l'opinion commune. Puis, ce premier point admis et le capitaliste conservant la propriété de son argent, on se demandait si la perte devait retomber sur lui ; ou bien si l'industriel devait, comme associé, en supporter sa part, en ce sens, que le capitaliste aurait eu contre lui l'action *pro socio* pour se faire indemniser proportionnellement.

Non! disaient les théologiens (5) ; le capitaliste retire un gain de son argent ; qu'il en supporte la perte. C'était aussi le sentiment de Felicius, si attentif à se ranger à l'opinion commune : « Ubi pecunia non est » communicata, *quia in fine societatis ea ponenti* « *restitui debet*, dico periculum in totum, *ad eum* « *ponentem*, pertinere debere, nempe quia res do- « mino perire debet, et quia ille periculum sustinere « debet, qui percipit lucrum. »

Et il cite la glose, Bartole, Balde, Angelus, Paul de Castro, Socin, etc. (6).

Voici, en effet, comme raisonne Balde, le seul de tous ces docteurs dont je veuille retracer ici le sentiment, parce qu'il contient un exposé fidèle de l'état de la discussion (7) :

Supposons qu'un capital quelconque apporté (8) dans la société ait été perdu ou diminué par mauvaise fortune : celui qui ne fournit que son travail est-il obligé d'indemniser le sociétaire bailleur de fonds d'une part de la perte? Par exemple, j'ai mis en société 20,000 francs, pour la jouissance (9) ; vous avez apporté votre industrie ; sur ces 20.000 francs, 10,000 francs sont perdus : devez-vous m'en rendre 5.000? Au premier coup d'œil, il semble que oui ; car, si je supportais seul la perte, ce serait aller contre la nature de la société. La glose tient cependant le contraire, par ce motif, que celui qui a apporté son industrie n'est pas censé s'être obligé *ad damnum sortis; sufficit enim damnum operarum*. Il ne profite pas de l'augmentation du capital ; il ne doit, par conséquent, pas entrer en communication de la perte.

Toutefois, il faut l'avouer, continuait Balde, cette opinion éprouvait des contradictions. Petrus disait : Ou le capital a été perdu dès l'origine, et alors la perte doit être partagée ; un l'associé qui apporte son travail a déjà rendu des services, et alors il ne doit rien supporter de la perte du capital, il suffit qu'il supporte la perte de son travail (10). Jacques Aretin enseignait, au contraire, que, dans tous les cas, le dommage devait être partagé.

Mais, répondait Balde, le dommage doit se mesurer sur le gain et pas autrement ; et il adoptait l'opinion de la glose, à moins de conventions particulières ou d'usages locaux et commerciaux. C'est aussi le sentiment de Fachin (11), de Vinnius (12) et de Grotius (13).

C'est à la suite de toutes ces controverses, c'est malgré l'opinion dominante chez les jurisconsultes et les théologiens, que Pothier, supprimant tous ces précédents par un silence difficile à expliquer, a proposé sans commentaire l'opinion isolée d'Arétin. La sévérité théologique s'y opposait peut-être ; la logique du jurisconsulte le voulait. De Pothier, cette opinion est allée directement dans le code civil, où elle repose sur des principes analogues à ceux du prêt à intérêt. Mais il y a cette grande différence entre le prêteur et l'associé, que le premier tire de la convention un droit inamissible au service des intérêts, tandis que le second peut voir les bénéfices de son argent s'évanouir dans des événements de force majeure. De plus, le premier a droit au remboursement intégral de son capital, tandis que le second doit supporter, comme associé, sa part dans la perte de ce capital.

588. 2° Une seconde exception à la règle, que la chose dont la jouissance seule a été mise dans la so-

---

tion : « Mais, dira-t-on, il n'y a donc point de différence entre ce cas et celui où la propriété même aurait été mise dans la société? Je réponds qu'il y en a une très-grande. Lorsque c'est la jouissance qui a été mise en commun, la société a bien le droit de disposer de la chose comme propriétaire ; mais lors de la dissolution, l'associé a droit d'en prélever la valeur, ou pareille quantité de choses d'égales nature et qualité, si c'est, au contraire, la propriété qui a été mise en commun, il n'a aucun prélèvement à exercer. » Il faut aussi voir ici ce qu'enseigne PROUDHON, *Usufruit*, n° 1016.

(1) L. 2, D. *de reb. creditis;* POTHIER, *Prêt de consompt.*, n°s 4 et 13, art. 587 du code civil.

(2) J'ai examiné *supra*, n° 122, la question de savoir si dans le doute on est censé avoir mis dans la société la propriété de l'argent ou seulement la jouissance.

(3) *Infrà*, n°s 611, 612, 660.

(4) N°s 122, 123, 124.

(5) *Suprà*, n° 123.

(6) C. 16, n°s 5, 6, 10.

(7) Sur le liv. 1, C. *Pro socio*, n°s 19 et suiv. jusqu'à 22.

(8) Mais sans avoir été communiqué. C'est ce qu'il a prouvé aux n°s 13, 14, 15. Voy. *suprà*, n° 123, la note dans laquelle je cite le texte même de BALDE, sur la question de la non-communication du capital.

(9) Même observation.

(10) FELICIUS rapporte aussi cette opinion et la réfute, cap. 16, n° 10.

(11) *Cont.*, lib. II, cap. 95.

(12) *Quæst. select.* lib. I, cap. 54.

(13) GROTIUS, lib. II, cap. 12, n° 24.

ciété périt pour l'associé, se présente quand cette chose est de celles qui se détériorent en les gardant. Cette exception, écrite dans l'art. 1851, avait aussi été signalée par Pothier. Une telle chose est aux risques de la société et se détériore pour son compte : elle est assimilée aux choses fongibles.

Supposez donc que Pierre ait mis en société la jouissance de chevaux de poste, de voitures et autres meubles sujets à dépérissement; ces choses seront aux risques de la société.

Ici, l'art. 1851 s'écarte des errements de l'art. 589, qui, en matière d'usufruit, veut que les choses qui se détériorent par l'usage soient aux risques du nu propriétaire.

Il s'écarte aussi des principes suivis en matière de bail, et d'après lesquels la vétusté pèse sur le locateur (1).

Pourquoi donc l'article 1851 a-t-il, après Pothier, mis la chose aux risques de la société, lorsqu'il est constant que la société n'a que la jouissance?

Pothier (2) n'en a pas donné la raison; il a parlé en législateur : il avait comme deviné son rôle.

Mais il n'est pas difficile de la trouver (3).

Quel serait l'intérêt de l'associé à se réserver le droit de reprendre des choses dégradées et perdues de valeur? Peut-on admettre que son intention a été de conserver la propriété de ces choses *in specie*; de ces choses, dis-je, qu'il retrouvera probablement hors de service et comme n'existant plus? Non, certes; il vaut mieux croire qu'il a entendu être créancier de leur valeur, et que, malgré les termes inexacts de la convention, c'est la propriété qu'il a voulu mettre dans la société, sauf à être créancier de l'estimation : autrement, en croyant veiller à ses intérêts, il les aurait compromis, et sa prudence tournerait contre lui-même (4).

389. Vous voyez, du reste, que l'art. 1851 est fait de manière à mettre à la charge de la société, autant la perte partielle et la détérioration, que la perte entière. Aucune distinction ne saurait être raisonnablement établie entre ces deux cas; et c'est ce que disent assez haut et la nature des choses dont nous nous occupons, et le texte de notre article : *qui se détériorent*.

Ainsi, la société ne pourrait pas forcer l'associé à reprendre ses voitures dégradées. L'art. 1245 du code civil, relatif au payement des choses qui se trouvent détériorées sans la faute du débiteur, n'est ici d'aucune application. L'associé est créancier, non de ces choses mêmes, mais de leur valeur (5). Le partage doit faire figurer cette valeur au crédit de son compte; il n'a pas à s'inquiéter par conséquent de la détérioration survenue par suite de la possession sociale. Duranton (6) n'a mis au compte de l'associé la détérioration et la dépréciation, que parce qu'il a supposé que l'associé était créancier de la chose même; c'est une erreur contre laquelle le texte de notre article, éclairé par les propres paroles de Pothier, aurait dû le prémunir (7).

390. La valeur est-elle celle de la chose au mo-

---

(1) POTHIER, no 126.

(2) Idem.

(3) Voy. DELVINCOURT, t. III, notes, p. 228; suivi par DUVERGIER, nos 173 et 179.

(4) **Add.** DUVERGIER dit à ce sujet, no 179 : « Lorsque la chose dont la jouissance est mise en société est du nombre de celles qui se détériorent en les gardant, si elle existe en nature à l'époque de la dissolution, mais détériorée par le temps, l'associé n'est pas tenu de la recevoir en cet état : la détérioration doit être supportée par la société. Delvincourt, à qui j'emprunte cette solution, se fonde sur ce que le mot *risques* qu'emploie l'art. 1851 est général, et qu'il comprend la détérioration aussi bien que la perte. Il y a peut-être une autre raison plus puissante que celle qui est tirée du sens du mot *risques*. Pothier et Delvincourt luimême enseignent que la société est chargée des risques des choses qui n'ont été apportées que pour la jouissance, parce que, soit à cause de la nature de ces choses, soit par l'effet des stipulations, la société dispose des objets compris dans la mise, comme si elle en était véritable propriétaire. En conséquence, l'associé est créancier, non des objets eux-mêmes, mais de leur valeur; la société ne peut se libérer envers lui en les lui abandonnant, si par un motif quelconque, et notamment à cause des détériorations qu'ils ont éprouvées, il refuse de les accepter et préfère exiger le prix qui lui est dû. »

O. LECLERCQ fait ici une distinction, t. VI, p. 240 : « Lorsqu'on fait usage de ces choses, la société, et par conséquent les sociétaires en retirent des avantages. Ainsi celui à qui elles appartiennent profite de cet usage; il doit donc aussi souffrir des détériorations qu'il occasionne, puisqu'il en est propriétaire, et qu'elles ont été données pour en faire un usage qui les détériore; il a prévu les dégradations qui y arriveraient, et elles sont compensées par celles qui arrivent aux choses de même nature mises en société par ses associés. Mais il est des choses qui se détériorent en les gardant seulement, qui ne se détérioreraient pas autant, si on en faisait usage, comme des tonneaux par exemple. Il ne peut être dans l'intention du propriétaire de les avoir mises pour les garder seulement; il les a mises pour qu'il en retirât de l'avantage; leurs détériorations ne sont donc compensées par rien; la société n'en fait pas l'usage auquel elles sont destinées, et si par cette conduite elles se détériorent, il y a faute de la part de la société, et elle doit réparer les pertes qu'elle a occasionnées, comme l'usufruitier qui se servirait des choses pour un usage auquel elles ne sont pas faites, et par lequel elles se détérioreraient. Tels sont probablement les motifs de cette disposition de l'art. 1851.

(5) POTHIER, no 128.

(6) T. XVII, no 409.

(7) *Junge* DUVERGIER, no 180.

Add. Où il dit : « Duranton ne réfléchit pas assez au véritable caractère de la créance de l'associé, lorsqu'il combat la doctrine enseignée par Delvincourt. Il croit que ce sont les objets euxmêmes et non leur valeur que l'associé a le droit de reprendre, et qu'il ne peut les exiger que dans l'état où ils se trouvent, fussentils détériorés même par l'usage ordinaire pour les affaires de la société. Cet usage ordinaire, selon lui, constituait la mise de l'associé : « Si celui-ci, dit-il, eût entendu mettre la valeur même « de ces objets dans la société, il ne tenait qu'à lui de le déclarer « et d'en faire avec ses associés une estimation; alors, en effet la « détérioration et même la simple dépréciation eussent été à la « charge de la société, qui aurait été débitrice envers lui de la « somme portée en l'état nominatif. Mais ce n'est pas ce qui a eu « lieu, on le suppose. »

« C'est précisément en faisant cette supposition, que Duranton se trompe.

« Sans doute, en l'absence de disposition formelle sur les effets de la mise en société de la jouissance d'objets qui se détériorent par l'usage, on aurait dû appliquer la règle établie, au titre *de l'usufruit*, par l'art. 589. Par conséquent, on aurait dû décider que ces objets restaient aux risques et périls de l'associé, et que la société usufruitière n'était obligée de les rendre, au moment de la dissolution, que dans l'état où ils seraient, non détériorés par son dol ou par sa faute.

« Mais l'art. 1851 intervertit les positions; il met les risques des choses qui se détériorent par l'usage, à la charge de la société usufruitière; il assimile ces choses aux choses fongibles, à celles qui sont destinées à être vendues, à celles qui sont accompagnées d'une estimation; il manifeste donc que, pour les unes et pour les autres, la société est considérée comme propriétaire et que l'associé n'est créancier que de leur valeur. Le savant professeur dont je combats la doctrine fait remarquer que, si l'associé avait eu la pensée de mettre en société la valeur des objets qui formaient sa mise, il ne tenait qu'à lui de le déclarer et d'en faire

ment de la formation de la société, ou la valeur au moment de la dissolution?

Quelques uns tiennent qu'à l'instar des choses fongibles, et par une analogie tirée de l'art. 587, c'est la valeur à la fin de la société (1); j'ai de la peine à admettre cette opinion. L'assimilation que l'on fait entre les choses fongibles, et les choses qui se détériorent en les gardant, n'est exacte qu'en ce sens : que le simple apport de leur jouissance suffit pour les mettre aux risques de la société. Mais c'est aller trop loin que de les mettre sur la même ligne quant à la quotité de la créance de l'associé. En effet, on conviendra que, sous ce dernier rapport, il n'y a aucune parité entre les choses fongibles et les choses mises dans la société pour être vendues, quoique toutes ces choses soient parfaitement analogiques sous le point de vue du risque; car les choses fongibles peuvent être remplacées par d'autres d'égale quantité, qualité et valeur, et l'associé est créancier de cette quantité, si mieux n'aime l'estimation. Mais, dans le cas de choses destinées à un commerce et écoulées par les ventes, l'associé n'a évidemment pas droit à res choses mêmes; il n'a droit qu'à leur valeur. Or, s'il y a cette différence entre les choses fongibles et les choses destinées à être vendues, malgré le rapprochement que l'art. 1851 établit entre elles, pourquoi n'y en aurait-il pas aussi entre les choses fongibles et les choses susceptibles de détérioration? Eh bien! si vous estimez la chose à la dissolution de la société, il faudra donc l'estimer telle qu'elle est, c'est-à-dire détériorée, avilie de prix? Est-ce là ce que la loi a voulu? est-ce là la portée de la convention? En un mot, argument pour argument, je préfère celui que présente l'article 868 du code civil à celui que l'on tire de l'article 587.

591. Du reste, si l'associé désire reprendre la chose même au lieu de la valeur, il en est le maître. Le dernier paragraphe de l'art. 1851 conduit à cette option; car, en forçant l'associé à se contenter de l'estimation quand la chose a été estimée, il donne un argument *à contrario* pour décider que lorsqu'elle ne l'a pas été, il peut opter pour la chose même ou pour sa valeur (2).

592. 3° Une troisième exception à la règle, que la chose dont la société n'a reçu que la jouissance périt pour l'associé, a lieu quand les choses apportées sont destinées à être vendues, comme des marchandises qui font rouler un commerce. Bien que l'associé ait déclaré n'en mettre que la jouissance dans le fonds social, elles périssent pour la société, et l'associé est créancier de la société pour le prix de vente. On suppose que l'associé n'a voulu mettre dans la société que la jouissance de la somme provenant de la vente (3). En effet, comment raisonnablement croire qu'il aurait entendu se réserver la propriété même des choses qu'il ne mettait dans la société que dans le but exprès de les aliéner? Pour donner un sens à la clause de rétention de la propriété, il faut donc présumer qu'il a entendu se réserver le retrait de la somme formant le prix de vente, après en avoir laissé la jouissance à la société. Or, quand la jouissance d'une somme d'argent a été mise dans une société, la somme périt pour la société (4). Donc, il doit en être de même, dans notre espèce, de la somme d'argent retirée de la vente.

593. Il n'y a rien de contraire à cette décision dans la réponse suivante du jurisconsulte Celsus, rapportée par Ulpien (5).

Vous avez trois chevaux, et j'en ai un; nous faisons une société pour les mettre en vente en quadrige, parce qu'il est probable que leur réunion en un bel attelage, difficile à trouver bien assorti, nous procurera un meilleur moyen d'en tirer des bénéfices. Je dois avoir le quart du prix, et vous les trois quarts, attendu que les chevaux sont d'égale valeur; mais, avant la vente, mon cheval meurt; qu'arrivera-t-il de là? Suivant Celsus et Ulpien, cet accident retombera sur moi; la société ne subsistera plus, et je n'aurai aucun droit sur la valeur de vos trois chevaux.

Ce qui fait que cette solution ne rentre pas dans l'hypothèse prévue par notre article, c'est que la société, formée pour cette vente d'un quadrige, ne portait ni sur les chevaux, ni sur leur jouissance. Celsus en fait la remarque : *Non enim habendæ quadrigæ coitam societatem.* Aussi Balde dit-il que la société n'était pas d'un corps certain (6). Si elle eût compris la propriété du quadrige ou sa jouissance, la perte eût été pour la société; le jurisconsulte n'hésite pas à le reconnaître. Mais la société n'étant que d'une chance heureuse de vendre, résultant de la réunion des animaux destinés à être vendus, il en est autrement. La société a fini avant d'avoir commencé (7). La mort de l'un des chevaux a empêché l'occasion de mettre en vente un quadrige; elle a fait évanouir la condition sous laquelle la destination vénale des chevaux devait être utilisée; elle a privé la société de la chance sur laquelle elle devait opérer. On voit donc que la loi 58 n'élève aucune objection contre notre article.

594. Lorsque les choses destinées à être vendues ont été écoulées par les ventes, nous avons dit que

---

avec ses associés une estimation. Il ne s'aperçoit pas que cette déclaration de l'associé est inutile, puisque la loi parle pour lui; que l'estimation n'est pas nécessaire, puisque la même règle est établie pour les choses estimées, et pour celles qui se détériorent par l'usage. »

(1) DUVERGIER, n° 183.

Add. Voici son opinion : « Si les choses composant l'apport social se détériorent seulement par l'usage, il semble d'abord que l'on doive se référer à la disposition de l'art. 589, qui détermine l'effet d'un usufruit établi sur des choses de cette nature. Mais, on vient de voir que l'art. 1851, par une exception dont j'ai expliqué les motifs, a placé sur la même ligne les choses qui se consomment et celles qui se détériorent par l'usage; qu'il a assimilé les unes aux autres. Par conséquent la restitution doit s'en faire de la même manière, et l'associé peut exiger la valeur des choses qui étaient comprises dans son apport, en les estimant au moment de la dissolution de la société. »

(2) **Add.** DURANTON prévoit l'objection pour le cas où il s'agit de la chose qui a été destinée à être vendue, et il dit alors, contrairement à l'opinion de TROPLONG : « L'associé, pas plus dans ce cas que dans celui où les choses auraient été livrées sur estimation, n'aurait le droit de prélever les objets eux-mêmes en nature, au cas où ils existeraient encore dans la société, au temps de la dissolution et du partage, pas plus qu'on ne pourrait le forcer à les reprendre. Il est censé en avoir fait vente à la société pour le prix qu'on en retirerait en les vendant, et on peut les vendre après la dissolution de la société comme auparavant.

« Et il n'y aurait, quant à ces décisions, aucune distinction à faire entre le cas où la chose serait un immeuble, et le cas où ce seraient des objets mobiliers; l'art. 1851 n'en fait pas. »

(3) DELVINCOURT, t. III, notes.

(4) *Suprà*, n° 586.

(5) L. 58, D. *Pro socio; suprà*, n° 112, et *infrà*, n° 920.

(6) Sur cette loi, et GODEFROY.

(7) GODEFROY : « *Res perit antequàm coita societas sit.* » Et FAVRE sur cette loi : « Quasi societate non tam extinctà et « finità, quàm nondum contractà. » (*Ration.* ad Pand.)

l'associé qui en a mis la jouissance dans la société est créancier du prix ; si elles n'ont pas été vendues, sa créance est de leur valeur au moment du contrat (1).

595. La quatrième et dernière exception a lieu quand la chose dont la jouissance a été mise dans la société a été estimée (2). C'est le cas d'appliquer la maxime : *æstimatio facit venditionem* (3). L'estimation fait supposer (à peu près comme dans le cas de l'art. 1551 du code civil) que la pensée des contractants a été de rendre la société débitrice de la prisée, et non pas de la chose même.

596. Dans le cas de dot remise au mari, la maxime *Æstimatio facit venditionem* n'a lieu que lorsque les objets estimés sont des effets mobiliers. Telle est la disposition restrictive de l'art. 1551. Mais, en matière de société, notre maxime a une plus grande portée. Elle comprend les immeubles estimés, dont la jouissance a été donnée à la société. L'art. 1851 ne fait pas la distinction de l'art. 1551 (4).

597. Quant à la forme de l'estimation, l'art. 1851 semble, au premier coup d'œil, exiger impérativement que l'estimation soit portée dans un inventaire. Mais cette condition n'est pas de rigueur. Le code, en copiant Pothier, n'a voulu qu'indiquer une des preuves les plus ordinaires de l'estimation. Il faudrait avoir non moins d'égard à une estimation faite dans l'acte de société, ou de quelque manière que ce soit, pourvu qu'elle présentât un caractère bilatéral (5).

598. Cette estimation fait la loi de l'associé ; il ne peut réclamer rien de plus, ni rien autre chose (6). Vainement alléguerait-il une vileté dans l'appréciation ; la rescision n'a pas lieu en cette matière. L'associé a peut-être consenti à une estimation minime, en vue des avantages qu'il a espéré trouver dans la société (7).

599. Telles sont les quatre exceptions formulées dans l'art. 1851, à la règle que les choses dont la société n'a que la jouissance périssent pour l'associé propriétaire.

A ces quatre exceptions Duranton propose d'en ajouter une cinquième : c'est que la chose dont la société a la jouissance périsse pour elle, quand cette chose, bien que se trouvant en dehors des quatre cas prévus par notre article, a péri pour le service de la société et au milieu de risques courus dans la gestion des affaires communes. Duranton argumente de la loi 52, § 4, D. *Pro socio*, et de l'art. 1852 du code civil (8). Je crois qu'il n'est pas difficile de démontrer son erreur ; elle tient à l'oubli d'une nuance délicate entre l'art. 1851 et l'art. 1852. Mais l'examen de cette opinion demande des notions préalables sur l'article 1852 dont le commentaire va nous occuper. C'est

---

(1) Arg. de l'art. 868 du code civil ; **Duranton**, t. XVII, nº 409 ; **Duvergier**, nº 184.

Add. Où il dit : « Si les choses mises en société sont destinées à être vendues, c'est le prix de la vente qui forme l'apport social ; c'est donc la valeur au moment du contrat, que l'associé peut réclamer. Duranton fait observer que l'estimation des choses qui n'existent plus présentera quelquefois des difficultés ; il ajoute avec raison que ces difficultés ne doivent pas empêcher l'application du principe ; et il conseille de suivre, dans ce cas, la marche tracée par l'art. 868 du code civil, lequel porte que le rapport du mobilier donné se fait en moins prenant, sur le pied de la valeur de ce mobilier lors de la donation, d'après l'état estimatif annexé à l'acte, et à défaut de cet état, d'après une estimation par experts à juste prix et sans crue. Cette opinion doit être suivie. »

(2) **Pothier**, nº 116.

(3) Mon *Comm. de Louage*, nos 1076 et 1124. J'ai dit quelque chose de la source de cette maxime et des conditions de son application.

(4) **Duranton**, t. XVII, nº 409 ; *contrà* **Malepeyre** et **Jourdain**, nº 73.

Add. Où ils disent : « Une transmission immobilière est ordinairement accompagnée de formalités particulières, telles que, examen des titres, établissement de la propriété, transcription, purge, remise de titres, etc. L'absence de ces formes ferait facilement présumer que l'estimation n'a pas eu pour but de transférer la propriété à la société, mais a été une précaution prise pour fixer le montant des restitutions à faire si l'immeuble venait à périr par la faute de l'un ou de quelques-uns des associés. »

Mazerat sur **Demante**, nº 543, dit, dans le même sens : « Il est évident qu'il ne faut pas conclure de l'art. 1851 que l'estimation donnée à un immeuble, dont la jouissance a été apportée en société, vaut vente ; cet article n'entend parler que des objets mobiliers, ainsi qu'il appert par ces mots : estimation portée *par un inventaire*. Nous devons appliquer ici les articles 1551 et 1552. »

Dalloz dit aussi, nº 7, d'après les **Pandectes Françaises** : « L'estimation peut n'avoir été qu'une précaution prise pour fixer le montant de la restitution si l'immeuble vient à périr par la faute de l'un des associés ; c'est l'intention des parties qu'il faut examiner pour décider s'il a été ou non aliéné. »

(5) **Delvincourt**, notes, p. 118 ; **Duvergier**, nº 174.

(6) Texte.

Add. **Duvergier** dit, nº 185 : « Cette disposition est absolue ; elle ne permet d'admettre aucune distinction fondée sur la nature des biens ; elle s'applique aux immeubles comme aux meubles. »

(7) **Delvincourt**, t. III, p. 118, notes ; **Duranton**, t. XVII, nº 409 ; **Duvergier**, nº 175.

Add. Où il dit : « Comme Delvincourt, aussi, je pense qu'il n'y a point lieu à rescision, pour vileté de l'estimation, même de plus des sept douzièmes ; que les principes de la vente ne peuvent recevoir ici d'application ; que la faveur accordée au vendeur, que l'on suppose avoir été forcé par les circonstances à aliéner sa chose à vil prix, ne saurait être étendue à l'associé, qui toujours est déterminé par le désir et l'espérance de faire un bénéfice, qui jamais n'est contraint par la nécessité à former une association. C'est, au surplus, un nouvel exemple qui montre que, si la vente et l'apport des mises dans la société sont à certains égards soumis aux mêmes règles, ils sont aussi sous une foule de rapports régis par des principes différents. » Op. conf. de **Dalloz**, nº 6.

Op. conf. de **Duranton** qui ajoute, nº 410 : « L'estimation fût-elle même très-exagérée, quant aux immeubles, elle ne pourrait non plus être attaquée pour cette cause, attendu que dans les ventes même d'immeubles la rescision pour cause de lésion n'est point ouverte à l'acheteur...

« De plus, si l'estimation avait été faite à vil prix, en vue d'avantager le coassocié, et que celui-ci devînt l'héritier de l'autre partie, il serait tenu au rapport de l'avantage indirect (art. 843 et 853 combinés). Et si le coassocié était incapable de recevoir cette partie, il pourrait y avoir lieu, à la mort de celle-ci, à l'annulation de cet avantage, sur la demande des héritiers. Il pourrait aussi y avoir lieu, suivant les circonstances du fait, à l'action en réduction pour fournir les réserves, si le disponible avait été dépassé ; car ce qui ne peut être fait ouvertement ne doit pas l'être par des voies détournées.

Et tout ce qui vient d'être dit serait applicable également au cas où l'estimation faite à vil prix, et à dessein, porterait sur du mobilier.

« Il en serait de même, et par les mêmes motifs, si c'était une estimation exagérée qui eût été faite des choses apportées par l'un des associés dans la vue d'avantager l'autre.

« Du reste, la société n'est pas nulle pour cela, car, comme nous l'avons déjà dit, rien n'empêche de mélanger, même volontairement, au contrat de société, de quelque avantage ou donation ; seulement alors il y a lieu d'appliquer les décisions ci-dessus, si le cas y échet. »

(8) T. XVII, nº 406.

là que nous tâcherons de démontrer le peu de fondement de cette cinquième exception (1). Je renvoie donc au n° 610, et je passe, sans autre transition, à l'article suivant.

609. Et, toutefois, je ne veux pas omettre de faire remarquer que la distribution de la perte, organisée par notre article, peut être modifiée par la convention. L'art. 1810 du code civil nous offre un précieux argument d'analogie.

Ecoutons d'ailleurs Straccha (2) : « Damnum spec- « tat omnibus sociis æqualiter ; attamen quando unus « sociorum ex *pacto expresso* suscepit in se casus « fortuitos, ut in casu nostro, valet tale pactum, quo « unus casibus fortuitis se supponit. »

Voici d'ailleurs une espèce dans laquelle un tel pacte a été consacré par décision de la rote de Gênes (3).

Ange Jourdan avait donné une certaine quantité d'argent filé à Antoine de Juga pour la transporter à Alger, et en employer le prix à acheter d'autres objets, et particulièrement des froments qui devaient être conduits à Gênes. Les marchandises mises dans la société par Jourdan furent estimées dans l'acte ; ce dernier se réserva le droit de reprendre, à la fin de l'opération, cette valeur dont il se retenait la propriété. Du reste, il fut convenu que s'il y avait de la perte ou du gain, déduction faite de l'apport en question, les chances, à cet égard, seraient communes ; mais que Jourdan serait seul passible du risque et cas fortuit, en allant et en revenant. On voit que cette clause renversait la combinaison sanctionnée par notre article ; car si Jourdan s'était réservé la propriété tant de l'argent filé que des marchandises à acheter à Alger, et s'il n'en avait mis dans la société que l'usage, il n'est pas moins vrai que ces choses, étant destinées à être vendues, auraient péri pour la société sans le pacte dont il s'agit.

Quoiqu'il en soit, l'argent filé fut heureusement transporté et vendu à Alger. De Juga en acheta des froments ; mais, dans le retour à Gênes, la fortune de mer les fit périr. Jourdan exigea alors que de Juga supportât la moitié de la perte, sans quoi la société aurait été léonine.

Mais cette prétention, portée devant la rote de Gênes, y fut repoussée ; elle devait l'être. De Juga supportait sa part de perte en même temps que Jourdan, puisqu'il perdait le fruit de son industrie (4). Alors même que le blé fût arrivé à bon port, de Juga était exposé à travailler sans gain, puisqu'il était possible que la vente en fût faite à perte. Enfin, ce qui écartait toute apparence d'injustice, c'est que Jourdan s'était réservé le prix intégral de son argent filé avant que de Juga eût pu faire le moindre profit pour ses peines et son industrie, et que, dès lors, il n'y avait rien d'exorbitant à ce que la convention balançât cet avantage par le risque de la chose.

Art. 1852. Un associé a action contre la société, non-seulement à raison des sommes qu'il a déboursées pour elle, mais encore à raison des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société et des risques inséparables de sa gestion.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 935. *Toute dépense légitime doit être allouée à celui qui l'a faite dans la vue d'opérer le bien commun indépendamment du succès.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 29. *Un associé peut être créancier de la société, non-seulement des sommes qu'il a déboursées, mais encore des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour les affaires de la société, et des risques inséparables de sa gestion* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 21. Conf. à l'art. 1852.

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — (Art. 29 du projet.) La société doit garantie à l'associé qui a contracté, pour les affaires communes, quelques obligations ; elle lui doit indemnité, si, dans sa gestion, il a éprouvé non-seulement des risques, mais des pertes.

TRIB. DE RENNES. — Art. 29. La construction est vicieuse et embarrassante ; car on ne peut pas dire qu'un associé soit créancier des risques de sa gestion. Cela ne s'entend pas. Mais il est facile de réparer cette incorrection, en ajoutant aux mots *mais encore*, ceux-ci : *à raison des obligations*, etc., *et des risques*. Adopté.

MOTIFS.

TREILHARD, orateur du gouvernement : « Par le même motif, l'associé a le droit de réclamer les sommes qu'il a déboursées pour elle ; il est indemnisé des obligations qu'il a aussi contractées de bonne foi. »

GILLET, orateur du tribunat : « La société doit à l'associé les sommes qu'il a déboursées pour elle, et l'indemnité des obligations qu'il a contractées de bonne foi pour sa gestion.

« Elle lui doit de plus un juste partage des bénéfices et des pertes. »

SOURCES.

Leg. 18, § 3, D., lib. X, tit. II ; leg. 52, §§ 4, 12 et 15 ; leg. 67, §§ 1 et 2 ; leg. 60, § 1 ; leg. 61, D. *Pro socio*. — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. IV, n° 15. — POTHIER. *Société*, nos 127, 128, 131, 132, 134.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1724. Conf. à l'art. 1852, C. F.
Louisiane. — 2835. Id.
Sardaigne. — 1873. Id.
Canton de Vaud. — 1329. Conf. à l'art. 1852, C. F.
Hollande. — 1669. Id.
Haïti. — 1621. Id.

---

(1) DUVERGIER la repousse également, nos 187 et 354.
(2) Décis. 183.
(3) Même décision. TOUBEAU l'a traduite, liv. II, tome III, chap. III.
(4) *Infrà*, n° 648.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

601. L'article 1852 fait suite à l'ordre d'idées ouvert par l'article 1851; il continue à s'occuper des créances de l'associé contre la société. Celles dont l'article 1851 a traité dérivent de la nature de l'apport et des réserves stipulées par le contrat de société. Dans l'article 1852, le législateur s'occupe des créances de l'associé contre la société par suite de sa participation à la gestion des affaires sociales; il énumère trois causes d'action contre la société : 1° les déboursés faits pour la société; 2° les obligations contractées de bonne foi pour ses affaires; 3° les pertes inséparables de la gestion sociale.

Ces trois causes de créance contre la société s'expliquent par une raison commune. L'associé qui travaille dans un intérêt social est un véritable mandataire de la société. A ce titre, il doit être rendu indemne de tout ce que l'exécution bonne et loyale du mandat lui a fait perdre (1).

602. La première cause d'action contre la société a lieu pour déboursés (2).

Une maison de commerce d'Amérique envoie un de ses membres à Paris pour y faire des achats; les fonds qu'elle lui a remis ne suffisant pas, cet associé est obligé de prendre sur ses propres fonds pour payer une partie de son voyage et de son séjour, pour donner des à-compte aux vendeurs, etc. : la société devra le rembourser de ses déboursés; car ils ont été faits pour la société et dans le but de conduire à bonne fin une opération sociale (3).

Quand même il serait vrai qu'un autre associé aurait pu voyager à moindres frais, la société ne serait pas moins dans l'obligation d'allouer la dépense faite, de bonne foi, par le coassocié voyageur. Elle doit s'imputer de n'avoir pas choisi pour la négociation celui de ses membres qui était le plus économe (4).

Le droit de l'associé à être indemnisé de ses frais a lieu quand même cet associé ne serait entré dans la société que pour son industrie. C'est une fort juste observation de Balde. Ce jurisconsulte se demande, en effet, à la charge de qui seront les frais de déplacement, de voyages, etc., que pourra faire, pour le compte commun, l'associé qui n'apporte que son aptitude pour vendre et pour acheter la marchandise, à peu près comme dans l'espèce que j'empruntais ci-dessus, n° 123, à la jurisprudence de la rote de Gênes. En cherchant une analogie dans la position du colon partiaire, il semblerait que cet associé devrait supporter tous les frais; car c'est le colon qui donne sa peine et supporte tous les frais de culture, ensemencements, etc. Néanmoins, Balde décide que les deux situations ne sont pas absolument semblables, se fondant sur la loi 25, paragraphe 6, D. *loc. cond.*, dans

(1) Sauf ce que je dis n°s 611 et 612 pour sa contribution à la perte comme associé.

(2) POTHIER.

(3) ULPIEN, l. 61, § 15, D. *Pro socio.*

Add. Voici d'autres exemples donnés par BOILEUX d'après DURANTON : « On peut donner pour exemple le cas où l'un des contractants aurait fait des dépenses pour guérir un cheval qui aurait succombé à cette maladie ; celui où l'un des associés aurait fait étayer un bâtiment qui serait ensuite détruit par un incendie. »

Les annotateurs de ZACHARIÆ ajoutent : « Un associé n'a cependant droit à une indemnité à raison des dépenses qu'il a faites et des engagements qu'il a contractés, qu'autant qu'il a agi de bonne foi. Quoique l'art. 1852 n'exige formellement cette condition qu'à l'égard des engagements pris dans l'intérêt commun, il n'est pas douteux qu'elle ne soit également nécessaire pour les dépenses dont un associé réclame la bonification. »

Op. conf. de DEMANTE, n° 561; de DURANTON, n° 411; il y dit : « Il ne faut s'attacher qu'au principe de la dépense pour en justifier l'utilité. » Op. conf. de DUVERGIER, n° 349.

(4) FAVRE, *Ration.* sur cette loi.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 349; il avait dit, n° 348 : « Domat, liv. 1, tit. VIII, sect. 2, n° 11, ajoute que les dépenses faites par l'associé ne sont point un prêt; qu'elles sont seulement une plus grande contribution dans le fonds commun. Cette raison manque d'exactitude. Si elle était vraie, elle conduirait à décider, non que les intérêts des avances courent de plein droit, mais que l'associé qui les a faites doit avoir dans les bénéfices un supplément de part. »

PARDESSUS, n° 1078, ne paraît pas complétement de l'avis de TROPLONG, lorsqu'il dit : « C'est d'après les conventions des parties, et, s'il n'y a rien de déterminé, d'après l'usage et l'équité, qu'on doit allouer les loyers, gages de domestiques, frais de voyages et autres dépenses qui ont eu les affaires commerciales pour objet. »

laquelle Caius ne considère le colon que comme un quasi-associé (1). Elles ne sont pas semblables, en effet, sur la question proposée; car il est entendu que ces travaux et ces frais font partie de la mise du colon partiaire, tandis que rien de semblable n'est sousentendu dans l'accession de l'associé qui a promis son industrie. Balde met donc à la charge de la société les frais de voyage et autres, sous la déduction nécessaire des dépenses que l'associé aurait faites pour son compte particulier (2).

603. Ces avances produisent intérêt de plein droit. « Si quid unus ex sociis, dit le jurisconsulte Paul, « necessario de suo impendit, in communi negotio, « judicio societatis servabit, et usuras, si forte mu- « tuatus sub usuras dedit. Sed etsi suam pecuniam « dedit, non sine causâ dicetur, quod usuras quoque « percipere debeat, quas possit habere, si alii mu- « tuum dedisset (3). »

Paul suit dans son raisonnement une gradation très-habile. Un associé emprunte de l'argent à intérêt pour venir au secours de sa société dans le besoin : évidemment, les intérêts qu'il paye, la société devra les lui rendre, puisqu'elle est tenue de l'indemniser de tous ses déboursés nécessaires aux affaires sociales.

Eh bien! cet associé, au lieu d'emprunter, prend dans sa bourse l'argent qu'exige la circonstance; pourquoi ne pas lui en payer les intérêts tout aussi bien que s'il eût fait un emprunt? Est-ce que si cet argent n'eût pas été prêté à la société, il serait resté improductif dans les mains de son maître?

Ainsi raisonne Paul. D'autres considérations peuvent être ajoutées. Cet associé n'est-il pas mandataire de la société? Or, l'article 2001 du code civil décide que l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant à dater du jour des avances constatées. Enfin, puisque l'article 1846 lui fait supporter les intérêts de plein droit pour les sommes qu'il a prises dans la caisse sociale, n'y a-t-il pas une grave raison d'équitable réciprocité pour se tenir de plus fort à l'article 2001 (4)?

603 2° (5).

604. La seconde cause de créance contre la société, dont s'occupe notre article, a lieu lorsqu'un associé a contracté quelque obligation pour les affaires de la société. La caisse commune doit l'en indemniser (6).

Paul donne l'exemple suivant de cette règle :

Un associé vend en son nom, mais avec l'assentiment de la société, une chose sociale; l'acheteur est évincé, et cet associé subit une condamnation à des dédommagements, comme garant; la société est tenue de le rendre indemne de cette obligation de garantie, qu'il n'a contractée que pour les affaires sociales (7).

Il en est de même si l'associé a contracté quelque emprunt pour dégager une chose de la société, ou pour opérer à temps quelque achat avantageux (8).

Et c'est ce que confirme Papinien dans la loi 82, D. *Pro socio*. Ce prince des jurisconsultes romains décide, en effet, que la société doit ratifier et payer les dettes contractées par l'un des associés, lorsqu'elles ont tourné au profit commun (9).

605. Si l'affaire n'avait pas réussi, ce serait en vain que la société se refuserait à indemniser l'associé de

---

(1) *Quasi societatis jure* (voyez mon *Comm. du Louage*, t. II, nos 637 et 638).

(2) Sur la loi 1, C. *Pro socio*, nos 25 et 16.

(3) L. 67, § 2, D. *Pro socio*.

(4) DELVINCOURT, t. III, notes, p. 229, t. VII in-8°, p. 302; DURANTON, t. XVII, n° 411; DUVERGIER, n° 348.

Add. MAZERAT sur DEMANTE, n° 561; ZACHARIÆ, § 380; DALLOZ, § 3, n° 7; ROLLAND DE VILLARGUES, n° 116; PARDESSUS, n° 1078.

DELVINCOURT ajoute, t. VII in-8°, p. 302 : « Mais il a été jugé, et avec raison, par la cour de Dijon le 13 mars 1813, et en cassation le 21 juin 1819, que les intérêts, même conventionnels, des avances, n'étaient pas dus, si l'associé créancier a négligé de présenter le compte de sa gestion qui lui a été demandé depuis la dissolution de la société. Mais que les intérêts doivent nécessairement lui être alloués dès le moment où il a mis ses associés en demeure de recevoir ses comptes (SIREY, XIX, 1, 411; DALLOZ, XIX, 1, 450). »

(5) **Add.** *Si deux associés pour désintéresser leurs créanciers font l'abandon de tout leur avoir, celui qui était le plus riche devient-il créancier de son coassocié pour ce qu'il a payé en plus?* — DELVINCOURT pose ainsi la question : « *Quid* dans cette espèce? Une société composée seulement de deux associés fait faillite. Elle doit cent vingt mille francs. Les deux associés font cession volontaire. L'un abandonne pour cinquante mille francs de bien, et l'autre pour vingt mille francs. Au moyen de cet abandon, les créanciers déclarent les tenir quittes de toute répétition quelconque. L'associé qui a abandonné cinquante mille francs a-t-il action contre son coassocié pour se faire restituer quinze mille francs? La cour d'appel de Rennes a décidé la négative (arrêts des 24 février et 5 avril 1809, fondés en partie sur ce qu'il n'avait été fait aucunes réserves lors de la cession; *Journal de la jurisprudence du code civil*, t. XIII, p. 303).

« J'aurais de la peine à être de l'avis de ces arrêts. Certes, si la société eût eu un procès dont le fond eût été de cent vingt mille francs, et que la partie adverse eût consenti à transiger pour soixante et dix mille francs, chacun des associés n'eût été tenu, l'un envers l'autre, que de trente-cinq mille francs; et, celui qui eût payé davantage, eût eu certainement action contre l'autre, quand même il n'y eût pas eu de réserve. Ici, n'est-ce pas la même chose? Les créanciers ont dit : vous nous devez cent vingt mille francs; donnez-nous soixante et dix mille francs comptant, et nous vous tiendrons quittes. Au lieu de donner soixante et dix mille francs en argent, les associés les ont donnés en valeurs : l'effet est le même; et celui qui a donné plus que l'autre, doit avoir son recours.

« *Nota.* Dans l'espèce, l'associé qui n'avait payé que vingt mille francs, avait rétabli ses affaires : c'est ce qui avait déterminé l'autre à le poursuivre. »

PERSIL dit, au contraire : « Les partisans de l'affirmative soutiennent qu'au cas où les tribunaux rejetteraient la créance du sociétaire sur son coassocié, l'un des caractères essentiels de la société, c'est-à-dire l'égalité dans les pertes comme dans les profits, serait blessé.

« Nous ne sommes pas touché par cette considération. Le sociétaire qui, par suite de sa plus grande fortune, a fait un abandon plus large aux créanciers communs, a-t-il par hasard payé à la décharge de son coassocié? Non, car l'un et l'autre ne se sont libérés que par un abandon total, sans s'inquiéter de la valeur abandonnée par chacun des codébiteurs : celui qui a abandonné plus, comme celui qui a abandonné moins, n'a véritablement acquitté que sa dette; les associés n'ont fait, les uns envers les autres, aucune espèce de réserve. Cette règle ne souffre exception, qu'autant qu'il existe entre les cosociétaires des conventions particulières, qui alors changent la nature de leurs droits et leur situation mutuelle. Si les associés sont convenus que celui d'entre eux qui abandonnerait le plus, conserverait un recours contre les autres, il acquiert une créance contre ses coassociés. Mais si les conventions particulières n'existent pas, il ne peut devenir créancier, puisqu'au moment où la cession s'est opérée, il a cédé toutes ces créances, sans se réserver aucun recours contre ses coassociés. »

(6) POTHIER, n° 127.

(7) L. 67, D. *Pro socio*.

(8) *Ibid.*, l. 67, § 2, D. *Pro socio*.

(9) CUJAS, dans son comm. de cette loi (lib. III *Respons.*) : « Socius tenetur socio actione pro socio, ut quod fecit socius, ra- « tum habeat, patiaturque dissolvi ex arcâ communi. »

l'emprunt qu'il aurait fait pour elle, pourvu qu'il fût de bonne foi et qu'il n'eût pas dépassé la ligne de ses attributions (1).

606. Le troisième cas signalé par l'article 1852 se présente lorsque l'associé a subi des pertes par suite des risques inséparables de sa gestion. Le texte de Pothier est encore passé ici dans notre article (2).

Par risques inséparables de la gestion sociale, l'article 1852 entend les hasards et cas fortuits auxquels un associé n'a été soumis que parce qu'il s'occupait des affaires sociales confiées à ses soins. Comme c'est la société qui profite des gains de sa gestion, c'est à elle à supporter les dommages qu'elle a entraînés.

Je suppose qu'une société d'herbagers envoie des bestiaux à Paris sous la conduite d'un de ses membres; celui-ci, en voulant empêcher ces animaux de se sauver, reçoit une blessure grave qui le retient au lit pour plusieurs mois : il aura action contre la société pour se faire indemniser de ses frais de maladie (3).

Dans un cas pareil cependant, Labeon, chef des Proculéiens, prétendait que la société n'était tenue à rien, parce qu'elle n'était que la cause accidentelle du dommage (4). Mais Julien, de la secte des Sabiniens, enseignait, avec plus de raison, que le risque était inhérent à l'opération sociale; que c'était au service de la société et pour ses affaires, que le danger avait été couru, et qu'il lui appartenait de réparer le dommage (5). On voit que c'est ce dernier parti que notre article a préféré.

607. Le même Julien examine l'espèce suivante qui rentre dans la précédente, en y ajoutant une nuance.

Une société s'était formée pour des fournitures militaires (6); l'un des associés, étant parti pour faire des achats dans l'intérêt de la société, fut surpris, sans sa faute, par des voleurs, qui lui enlevèrent son argent, blessèrent les esclaves dont il était accompagné, le dépouillèrent de plusieurs effets qui lui étaient propres. Suivant Julien et Ulpien, cette perte est commune, et l'associé qui l'a subie a l'action *pro socio* contre la société pour s'en faire indemniser, pourvu que toutes ces choses et autres, dont il était porteur, ne fussent entrées dans ses bagages que parce qu'elles lui étaient nécessaires pour son voyage : « Quas se- » cum non tulisset socius, nisi ad merces, communi » nomine, comparandas proficisceretur (7). »

Il suit de là que si l'associé avait plus d'argent qu'il ne lui en fallait; s'il était accompagné d'un trop grand nombre de domestiques, eu égard à son état et à la nature de l'affaire; s'il avait emporté des choses superflues, la société serait fondée à réduire son compte d'indemnité dans les limites du nécessaire (8).

607 2° (9).

608. Notez aussi que si l'associé, au lieu de prendre la route la plus sûre, avait tenu un chemin notoirement connu pour être infesté par les brigands, ce ne serait pas là un risque inséparable de sa gestion (10).

609. On ne tiendrait non plus aucun compte des dommages dont la société n'aurait été que la cause purement accidentelle; *puta :*

La société dont je fais partie a un procès, avec un de mes parents, et ce dernier, par rancune de ce procès, révoque un legs qu'il m'avait fait : la société n'est pas la cause directe de cette perte; elle ne doit pas la réparer (11).

610. Reste à savoir si la société est soumise à l'action *pro socio*, pour indemniser l'associé de la perte de sa chose arrivée dans et pour le service de la société, par des risques inséparables, lorsque cette chose a été apportée seulement pour la jouissance dans la société. Il faut supposer, avant tout, que cette chose n'est pas de celles dont l'article 1851 a donné l'énumération; sans quoi il n'y aurait pas de difficulté; le doute ne peut naître qu'autant que la chose n'est ni fongible, ni estimée, ni destinée à être vendue, ni de nature à se détériorer en la gardant. J'ai annoncé cette question ci-dessus, numéro 599. Le moment est venu de s'en occuper.

Par exemple, membre d'une société formée pour cinq ans pour l'exploitation d'une fabrique de toiles peintes, j'ai fait entrer dans mon apport la jouissance de vingt bêtes bovines, dont on sait que les bouses sont utilement employées pour la préparation de cer-

---

(1) **Pothier**, *Mandat*, n° 81; art. 1852 du code civil; **Africanus**, l. 17, D. *de in rem verso*.

Add. Op. conf. de **Duvergier**; de **Delvincourt**, t. VII in 8°, p. 303, qui n'exige que la bonne foi; de **Malepeyre** et **Jourdain**, n° 148; de **Duranton**, n° 411; de **Dalloz**, § 3, n° 1; des *Annotateurs* de **Zachariæ**; de **Demante**, n° 561. Voy. ci-après, n° 612 3°.

(2) *Société*, n° 128.

(3) **Pomponius**, l. 60, § 1, D. *Pro socio*, et **Ulpien**, l. 61, D. *Pro socio*.

(4) L. 60, § 1, précitée.

(5) L. 61 précitée; **Pothier**, *Société*, n° 128, et **Favre**, *Ration.*, sur ces deux lois, qu'il a réunies dans le même commentaire.

(6) Sur ces sortes de sociétés, voy. notre préface.

(7) L. 52, § 4, D. *Pro socio*. Cette loi paraît contraire à un texte de **Paul** (l. 26, § 6, D. *mand. vel contrà*); mais voyez la conciliation dans **Pothier**, *Mandat*, n° 76.

(8) **Pothier**, n° 129.

Add. **Delvincourt**, t. VII in-8°, p. 303.

(9) **Add.** *Dans l'exemple cité par Pothier*, quid *si une partie de l'argent a été sauvée des mains des voleurs?* — **Duvergier**, n° 351, rappelle ce passage de Pothier : « Si l'associé, qui avait porté avec lui plus d'argent qu'il ne fallait pour le voyage, en a sauvé une partie des mains des voleurs, ce qu'il a sauvé s'imputera-t-il sur la partie de son argent qui était nécessaire pour le voyage, et qui était aux risques de la société, ou sur la partie superflue qui était aux risques de cet associé? Je pense que n'y ayant pas de raison de l'imputer plutôt sur l'une que sur l'autre, l'imputation doit se faire sur l'une et sur l'autre par proportion. Par exemple, si un associé qui n'avait besoin que de dix pistoles pour son voyage, en avait porté trente avec lui, et qu'il en eût sauvé six, la société qui n'était chargée que du risque du tiers des trente pistoles, ne doit profiter que du tiers de ce qui a échappé aux voleurs, et elle doit par conséquent indemniser de huit pistoles cet associé. » Op. conf. de **Dalloz**, § 3, n° 1.

(10) **Pothier**, *Mandat*, n° 76.

(11) **Pothier**, *Société*, n° 131.

Add. Où il ajoute : « Pareillement un associé n'est pas fondé à prétendre que la société l'indemnise de ce que le soin qu'il a apporté aux affaires de la société lui a fait négliger ses propres affaires; car il devait aux affaires de la société le soin qu'il y a apporté, et il en a été payé par la part qu'il a eue ou qu'il a pu avoir dans les profits de la société. Cela est conforme à ce qu'a décidé Labéon en la loi 60, § 1er, qu'il n'est pas dû d'indemnité à un associé, *si propter societatem quis eum hæredem instituere desiisset, aut patrimonium suum negligenter administrâsset.* » Op. conf. de **Duvergier**, n° 251.

Malepeyre et **Jourdain** disent en outre, n° 152, en invoquant la loi 60, § 1, D. *Pro socio* : « Il ne pourrait pas davantage prétendre à une indemnité, sous prétexte que les soins qu'il a apportés aux affaires sociales lui ont fait négliger ses propres affaires : car il devait tous ses soins aux affaires de la société; et, s'il y avait impossibilité de concilier le soin de ses propres affaires avec la direction de celles de la société, il devait charger une tierce personne de l'administration de ses intérêts privés. » Op. conf. de **Bouleux**; de **Dalloz**, § 3, n° 5.

taines couleurs. Un jour que je les faisais conduire dans les pâturages, des voleurs en enlèvent plusieurs, malgré mes efforts et ceux des gardiens; aurai-je action contre la société pour réparation de ce dommage que j'ai reçu dans une chose qui m'est restée propre?

Je ne le pense pas. L'article 1851 contient le principe décisif en cette matière, et ce principe condamne l'associé à supporter le risque de la chose dont il n'a voulu détacher que la jouissance au profit de la société. Lisez le premier paragraphe de l'article 1851, et voyez combien il est général, combien il s'applique directement à notre espèce, combien il consacre énergiquement la règle d'équité et de raison *res perit domino.*

Si cependant on le mettait à l'écart, sous prétexte que la chose a péri au service de la société, il est évident qu'on le rendrait entièrement stérile : autant vaudrait l'effacer au profit de l'article 1852! En effet, de quels risques est plus particulièrement environnée une chose confiée à une société tout exprès pour s'en servir? De risques inhérents à la gestion sociale, de dangers courus dans le service que cette chose est appelée à faire incessamment et d'une manière continue pour la société. Appliquez-lui donc l'article 1852, et elle sera toujours, ou au moins presque toujours, aux risques de la société : l'article 1851 sera sapé par sa base!

Non! cette manière d'interpréter la loi n'est pas bonne; elle ne donne pas assez à l'art. 1851, elle donne trop à l'art. 1852.

Ce dernier article n'a été fait que pour le cas où un associé a subi pour la société le sacrifice imprévu d'une chose qui n'est pas naturellement au service de cette société; il ne concerne pas le cas d'une chose dont la société a acquis le droit de se servir, et qui est perpétuellement à ses ordres. Autrement (je ne saurais trop le répéter), il absorberait l'art. 1851 et le réduirait à la plus complète inutilité. Quand Julien et Ulpien disent que l'associé doit être indemnisé de l'argent qui lui a été volé, ainsi que du dommage causé à ses esclaves par les blessures qu'une attaque soudaine leur a faites, ils n'entendent pas parler de sommes d'argent dont la société eût la disposition, et d'esclaves appartenant à son service par une destination habituelle et convenue.

Pourquoi cette différence entre ces deux cas? C'est que dans le premier, où la jouissance a été apportée par l'associé à la société, il y a un contrat particulier qui règle les droits respectifs. Une sorte de constitution d'usufruit a assigné à l'associé et à la société les rôles respectifs de nu propriétaire et d'usufruitier. Donc, c'est dans les principes de ce contrat qu'il faut aller chercher la loi sur le risque de la chose.

Au contraire, quand il s'agit d'une chose sur laquelle la société n'a aucun droit, d'une chose qui n'est pas destinée à son service, et dont le sacrifice est fait pour elle par un associé, on tombe dans les principes du mandat et dans la loi qui règle l'indemnité des risques supportés par le mandataire. Le premier paragraphe de l'art. 1851 reproduit les règles de l'usufruit; l'art. 1852 est l'expression des règles du mandat (1).

611. Nous terminerons par une observation commune aux art. 1851 et 1852 : c'est que chacun des associés n'est tenu de satisfaire à l'obligation de la société envers un coassocié que pour sa part et portion (2), et l'associé créancier est tenu, comme membre de la société, d'en supporter sa part (3).

612. Si l'un des associés n'était pas solvable, il ne serait pas juste que cette perte fût supportée par l'associé créancier : rien ne serait plus contraire à l'égalité qui doit régner entre associés. Cette perte doit donc se répartir entre lui et les associés solvables (4). Par exemple, quatre personnes sont en société, chacune pour un quart; Primus, l'une d'elles, est créancier de la société pour 1.200 francs de déboursés; la part respective est donc de 300 francs, et Primus sera fondé à la réclamer de Secundus, de Tertius et de Quartus; ce qui lui fera un total de 900 francs, les 1,200 francs se trouvant complétés par la contribution que lui Primus doit à cette société.

Mais Quartus est insolvable; les 300 francs qu'il doit, sans pouvoir les payer, seront répartis entre les trois associés solvables, Primus, Secundus, Tertius,

---

(1) **Add.** Op. conf. de **Duvergier**, n° 187, où il combat l'opinion contraire de **Duranton** en ces termes : « Il ne suffirait pas qu'il établît que la perte est arrivée par cas fortuit, au moment où les choses étaient employées dans l'intérêt de la société.

« Sur ce point encore je suis en dissentiment avec Duranton. Selon lui, si la chose dont la jouissance seulement a été mise dans la société est venue à périr, par suite des risques inséparables de la gestion des affaires communes, la perte ne doit pas être supportée par l'associé propriétaire, mais bien par la société.

« Il explique sa théorie de la manière suivante : « Si dans une « société contractée pour une certaine entreprise, pour un cer- « tain commerce, l'un des associés, outre sa mise, a mis aussi dans « la société la jouissance de son cheval, pour la durée de l'entre- « prise ou pour un certain temps, et que, dans un voyage entre- « pris pour les affaires de la société, ce cheval ait été volé ou ait « péri d'une manière quelconque, par force majeure, sans aucune « faute imputable à l'associé qui s'en servait alors, la perte doit « être supportée par tous les associés. » Enfin, il invoque comme justification de sa doctrine l'art. 1851, d'après lequel un associé a action contre la société, à raison des risques inséparables de sa gestion, et il cite la loi 52, § 4, ff. *Pro socio.*

« Ni la loi romaine, ni l'article du code n'ont véritablement trait à la difficulté. Ils supposent que la gestion des affaires sociales a été, pour l'associé, l'occasion de dommages auxquels il n'avait point entendu s'exposer; qu'elle lui a fait perdre ce qu'il n'avait point mis dans la société. Au contraire, celui qui a compris dans son apport la jouissance d'une chose, a consenti à ce que la société s'en servît et à rester exposé à la perte qui pourrait arriver par cas fortuit. La société, ne le perdons pas de vue, est usufruitière; et il est incontestable que la chose soumise à un droit d'usufruit périt pour le compte du nu propriétaire, lorsqu'il n'y a ni faute ni imprudence à reprocher à l'usufruitier, dans l'usage qu'il en a fait. »

Il revient sur la question au n° 352, où il dit : « Si l'objet engagé de cette manière avait péri entre les mains d'un associé autre que celui à qui il appartient, par suite de la gestion des affaires sociales, il n'y aurait point lieu à indemnité; pourquoi serait-elle due, lorsque la perte est arrivée dans l'usage qu'en a fait, pour l'intérêt commun, le propriétaire lui-même? »

(2) **Pothier**, n° 132.

(3) *Suprà*, n° 586; **Duvergier**, n° 353. Voy. cependant *infrà*, n° 660.

Add. **Demante**, n° 562.

Jurisprudence. — Lorsqu'un associé a seul touché l'actif de la société, et que la société a été productive, un arrêt a pu ordonner le prélèvement des avances de cet associé sur l'actif de la société, au lieu de condamner personnellement les autres associés au remboursement de ces mêmes avances, sans qu'il y ait lieu à censure (8 janvier 1837. Req. Besançon, Parmentier. **Dalloz**, XXXVII, 1, 218).

(4) **Paul.**, l. 67, D. *Pro socio*; **Cujas**, sur cette loi, lib. XXXII. *Paulus ad edict.* : « Et hujus sententiæ ratio hæc est : quia societas « contrahitur non tantum ut lucrum, sed etiam ut damnum et « periculum omne sit commune. » **Pothier**, n° 131.

et Primus recouvrera 100 francs par tête sur Secundus et Tertius (1).

612 2° (2).
612 3° (3).

Art. 1853. Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.

A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté (b).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 926. *Chacun des associés a droit aux bénéfices pour une part égale, si le contraire n'a été convenu.*

Art. 928. *Après l'épuisement des fonds de mise, les pertes sont supportées par chacun des associés, proportionnellement à la part qu'il aurait eue dans les bénéfices si la société eût été avantageuse, à moins qu'il n'y ait convention contraire.*

Art. 931. *L'associé qui a mis dans la société une somme déterminée, et dont la part dans les profits et les pertes a été réglée, ne peut être obligé au delà de sa mise.*

PROJET DE LA COMMISSION DE GOUVERNEMENT.— Art. 30. *Lorsque l'acte de société ne détermine point la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, la part de chacun est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 22. Conf. à l'art. 30 du projet de la commission (a).

(a) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

L'art. 22 est discuté (1re rédaction).

LACUÉE demande comment cet article pourra recevoir son application, lorsque l'un des deux associés n'aura apporté que son industrie.

TRONCHET répond que, dans le silence de l'acte de société, celui qui n'apporte que son industrie est réputé avoir mis autant que les personnes qui ont fourni en argent la totalité de la mise, en raison du nombre des associés, et qu'il partage dans cette proportion.

L'article est adopté.

OBSERVATIONS DU TRIBUNAT.

Art. 22. Cet article suppose seulement une mise déterminée et précise de la part de chaque associé dans le fonds de la société, et il règle la part de chaque associé dans les bénéfices ou pertes, proportionnellement à la mise de chacun.

Mais il peut se faire, et il arrive souvent, qu'un associé ne porte d'autre mise que celle de son industrie. Ce cas doit être prévu par une disposition législative que la section propose d'exprimer, en ajoutant à cet article un nouveau paragraphe, qui serait conçu dans les termes suivants :

« A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa

---

(1) POTHIER, n° 132; CUJAS, *loc. cit.*

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 355, où il dit : « Supposons que quatre personnes aient formé une société, que l'une soit intéressée pour un douzième, une autre pour deux, une troisième pour quatre, la dernière pour cinq, et que celle-ci ait, par suite de sa gestion, éprouvé une perte de 1,200 francs, elle aura le droit de réclamer contre le premier associé 100 francs, contre le second 200, contre le troisième 400, et 500 resteront à sa charge personnelle. Si le troisième associé, par exemple, est insolvable, les 400 francs dont il était tenu seront répartis entre les trois autres, dans la proportion d'un huitième pour le premier, soit 50 fr., de deux huitièmes pour le second, soit 100 francs, et les 250 francs formant les cinq autres huitièmes seront supportés par l'associé administrateur.

« C'est bien là l'opinion et la doctrine de Pothier; mais il a choisi pour l'expliquer une espèce dans laquelle chaque associé est également intéressé aux affaires sociales. J'ai cru devoir, au contraire, en prendre une où les parts fussent différentes, afin de bien faire ressortir quel est le véritable sens de la règle. »

(2) **Add.** *L'indemnité pour avances, pour obligations ou pour pertes peut être réclamée sur les biens personnels des associés, en cas d'insuffisance de l'actif social.* — DUVERGIER dit, n° 356 : « Il importe peut-être de faire remarquer, quoique déjà cela soit dit implicitement, que, quelle que soit la cause de l'indemnité due à l'associé administrateur, qu'elle naisse d'avances faites, d'obligations contractées, de pertes subies, si le fonds social ne suffit point pour l'acquitter, les associés en sont tenus sur leurs biens personnels. Elle constitue, en effet, une perte pour la société; celui-là seul serait donc dispensé d'en supporter une portion, qui aurait stipulé qu'il ne veut rien exposer au delà de son apport. »

(3) **Add.** *Les principes posés dans l'article 1852 sont-ils applicables à l'associé qui n'a pas pouvoir d'administrer, ou mandat spécial?* — Ci-dessus, n° 605, nous avons vu que certains auteurs exigent que l'associé soit de bonne foi et ne *soit pas sorti* de ses attributions; que d'autres se contentent de la *bonne foi* de l'associé. DUVERGIER, n° 364, pose et résout la question *in terminis* : « J'ai expliqué, dit-il, qu'une indemnité est due à l'associé administrateur, pour ses avances, pour les obligations qu'il a contractées, et à raison des pertes qu'il a éprouvées par une conséquence immédiate et directe de sa gestion. Il semble qu'il n'y ait point d'application possible de cette règle à l'associé qui n'est pas administrateur; car rien ne l'oblige à faire des avances, à contracter des obligations, et à courir des risques en gérant. Cependant si, avec l'intention d'être utile à la société, il a dépensé quelques sommes, pris quelques engagements, s'il s'est exposé à des risques qui lui ont causé des pertes, n'est-il pas équitable de lui accorder un dédommagement? Sans doute, cela est juste et l'indemnité ne peut être refusée, du moins jusqu'à concurrence de l'avantage qu'a retiré la société des actes de l'associé. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'entre celui qui n'a ni l'obligation ni même le droit d'administrer, et l'associé administrateur, il existe une différence remarquable; que le premier, qui pouvait et devait s'abstenir de tout acte de gestion, sera bien peu favorable, lorsqu'il viendra se plaindre du préjudice qu'il souffre. On lui répondra avec raison qu'il a eu tort de s'immiscer dans l'administration dont il était exclu, et de s'exposer ainsi à des chances que rien ne le forçait à courir. Ce n'est donc que lorsque des circonstances graves et pressantes l'auront engagé à faire des actes qui lui étaient interdits, qu'il aura le droit de réclamer une indemnité. Je suppose que l'associé non-seulement n'est point un des administrateurs désignés, mais même qu'il y en a d'autres que lui, à qui la gestion a été attribuée; en sorte qu'il n'a pas le pouvoir d'administrer que chaque associé, en l'absence de toute convention, tient de la loi. Cette observation a déjà trouvé place au commencement de ce paragraphe, je la reproduis afin d'éviter toute méprise sur le sens véritable de mes opinions. »

part dans les bénéfices ou dans les pertes est réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté. »

Cette fixation a paru la plus juste à la section; et, au surplus, elle ne peut présenter aucun inconvénient, puisque tout l'article n'aura lieu que pour le cas où il n'y aura point, de la part des parties, une convention qu'il ne dépendra que d'elles de stipuler.

(*b*) MOTIFS.

TREILHARD, orateur du gouvernement : « Au reste, toutes les règles que les associés pourront établir sur le mode d'administration et de partage, doivent être scrupuleusement observées quand elles ont été faites de bonne foi. Les dispositions que nous présentons à cet égard ne sont applicables qu'à défaut de convention par les parties; on ne doit y avoir recours que dans le cas où l'acte serait muet. Alors seulement la loi est consultée : et comme elle supplée la volonté de l'homme dans un contrat du ressort du droit naturel, et tout de bonne foi, il faut, en cette matière surtout, que la raison dicte, et que le législateur écrive. »

Rapport par BOUTTEVILLE : « L'associé doit apporter tout ce qu'il a promis; il est garant de l'éviction de ce qu'il a porté; il doit les intérêts à compter du jour où il a dû faire son payement; il les doit aussi des sommes appartenant à la société, qu'il aurait employées à son usage personnel.

« S'il a promis son industrie, il doit tous les gains qu'elle peut lui procurer. »

Discours de GILLET : « Cette justesse dans les lois, si elle n'est pas déterminée d'avance par le traité, s'établit ordinairement dans la proportion des mises; et à cet égard la mise en industrie est comptée comme la moindre, parce qu'étant la plus susceptible d'estimation arbitraire, l'associé doit s'imputer à lui-même de n'en avoir pas fait d'avance stipuler le prix. »

SOURCES.

Leg. 29, D. *Pro socio.* — INSTIT. Lib. III, *de societate*, §§ 1 et 3. — POTHIER. *Société*, nos 15, 73, 70, 17, 18, 16.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1725. Conf. à l'art. 1853, C. F.
Louisiane. — 2836. Id., § 1.
Sardaigne. — 1876. Id.
Canton de Vaud. — 1330. Id.
Hollande. — 1670. Id.
Haïti. — 1622. Id.
Bavière. — Voy. art. 1855.

Autriche. — 1183. Ceux qui ont apporté de l'argent ou des choses ont part à la propriété du fonds social et du gain; et celui qui n'a apporté que son industrie, ne doit partager que le gain.

1193. Le gain net est distribué entre les sociétaires en raison de leurs parts contributives au fonds social.

Si aucune fixation de part n'a été déterminée en faveur des membres qui n'apportent que leur industrie, le tribunal la fixera en raison de l'importance des affaires, du travail et de l'utilité de leur coopération.

1197. Les pertes sont réparties de la même manière que le gain.

Prusse. — 244. La part de chaque sociétaire dans les profits et pertes doit être réglée d'après les termes du contrat.

SOMMAIRE.

613. Exposé de l'art. 1853. Des parts telles que les fait la loi en l'absence de conventions.
614. Diversité d'opinions dans l'ancien droit. Système d'égalité absolue; système d'égalité proportionnelle.
615. Le code a embrassé le système d'égalité relative.
615 2°. *Ces règles s'appliquent aussi aux sociétés universelles.*
616. Difficulté pour trouver cette égalité, quand l'un des associés a mis la propriété d'une somme d'argent, et l'autre la simple jouissance d'une autre somme.
Moyen donné par Puffendorf et adopté par Pothier.
616 2°. *Circonstances qui peuvent influer sur l'estimation des mises sociales.*
617. Règle donnée par l'art. 1853 pour fixer la part de l'industrie.
618. Application de cette règle quand il y a deux associés seulement.
619. Et quand l'industriel apporte des fonds avec son industrie.
620. *Quid* quand la société se compose de deux personnes ayant chacune une industrie?
621. Conseil donné aux associés de régler leur position par le contrat de société.
621 2°. *L'article 1853 s'entend aussi de la masse à partager.*
622. Est-il vrai, du reste, qu'on ne puisse rien prendre sur les gains tant que le résultat final de la société n'est pas connu?
Détails et renvoi au nº 846.
622 2°. *L'associé dont la mise consiste en industrie doit-il supporter une portion de la perte des capitaux qui ont été apportés par ses coassociés? Systèmes divers.*
622 3°. *L'art. 1853 suppose-t-il que l'associé qui n'a apporté que son industrie a droit au partage du fonds social?*
622 4°. Quid *si, en outre de la perte des capitaux, il y avait des dettes?*

COMMENTAIRE.

613. Notre article et les suivants vont s'occuper des parts des associés dans le capital social et dans les pertes. Quand ces parts ne sont pas déterminées par la convention, la loi se charge de les régler elle-même. De là deux ordres de participation aux bénéfices et aux pertes : l'un résultant de la loi, l'autre résultant de la convention (1). Notre article traite de la distribution légale; il décide que lorsque l'acte de société

(1) Add. DUVERGIER, nos 239 et 240, dit à ce sujet : « Lorsque la convention détermine les droits des associés, les règles établies pour le cas où elle garde le silence perdent évidemment toute leur autorité. La volonté du législateur s'efface devant celle des contractants. Néanmoins, alors même que ceux-ci ont, par des clauses formelles, fixé la part de chacun dans la société, la loi et la doctrine doivent encore être consultées, soit pour déterminer le sens et la portée de certaines stipulations, soit pour poser la limite où s'arrête la liberté des conventions.

« Ainsi, il est de principe que les parts indiquées seulement dans les pertes ou seulement dans les bénéfices, sont fixées, aussi bien pour la chance dont le contrat ne parle point, que pour celle qui est l'objet de la stipulation. *Illud expeditum est, si in una causâ, pars fuerit expressa* (*veluti in solo lucro, vel in solo*

ne détermine pas la part de chaque associé, cette part est à proportion de la mise.

614. Ce point avait fait l'objet de grandes controverses parmi les interprètes. Les uns avaient soutenu que l'inégalité des mises ne devait pas entraîner l'inégalité dans la participation aux bénéfices et aux pertes. Ils voulaient que le partage se fît par portions égales, en se fondant sur le texte d'Ulpien : « Si non « fuerint partes adjectæ, æquas eas esse constat (1). » Ce système d'égalité absolue avait trouvé de nombreux partisans, Conan (2), Tulden (3), etc. D'autres, au contraire, soutenaient qu'Ulpien n'avait entendu parler que d'une égalité proportionnelle (4), ainsi que l'avait fait Pomponius dans la loi 6 au D. *Pro socio*, et Proculus dans la loi 80 au D., même titre.

Une troisième opinion s'efforçait de concilier, par une distinction, ces deux interprétations opposées. Si la société était une société particulière, on accordait que l'égalité relative était le seul moyen de maintenir entre les associés des rapports équitables. Mais si la société était de tous biens, on soutenait que quelle que fût l'inégalité des mises, le partage devait se faire par portions égales; car, disait-on, ces sortes de sociétés sont soumises à des éventualités qui peuvent en déranger les combinaisons primitives; tel qui apporte moins à l'origine, peut, par la suite, être celui qui apporte le plus. Ce sont donc les chances qu'il faut considérer, et comme elles peuvent être égales, l'égalité dans les parts est la loi la plus juste, quel que soit l'événement (5); c'est, du reste, le système qui préside au partage de la communauté entre époux.

Enfin, Pothier, no 73, propose une théorie qui lui est propre.

Lorsque la valeur des apports est apparente, comme, par exemple, quand ces apports sont de sommes d'argent, ou d'objets estimés, les parts sont proportionnées aux mises.

Mais si la valeur des apports est incertaine, c'est l'égalité absolue qui doit prévaloir, et la loi 29 s'applique à la lettre. Pourquoi cette différence? probablement parce que le silence gardé par les associés, sur la valeur des apports et sur l'étendue, indique qu'ils ont voulu partager par portions égales.

615. Le code a voulu faire cesser toutes ces controverses. Il établit d'une manière générale l'égalité relative et géométrique; il s'applique aux sociétés universelles comme aux sociétés particulières; aux mises non estimées comme aux mises estimées. Il connaissait les anciennes distinctions; il avait surtout sous les yeux celles de Pothier. Il y a eu affectation de sa part à ne pas les reproduire. Donc, en enseignant la distinction de Vinnius et de Felicius entre les sociétés de tous biens et les sociétés particulières, et celle de Pothier entre les choses estimées, et les choses non estimées, Duranton (6) me paraît s'être écarté de la lettre et de l'esprit de l'art. 1853 (7). Je ne dis pas toutefois que les juges ne puissent prendre en considération le défaut d'estimation et de fixation des parts pour arriver avec d'autres adminicules à établir que les parties ont voulu une égalité arithmétique et absolue. Mais je dis que cette égalité n'est pas la conséquence nécessaire de ces deux faits; sans quoi l'on serait poussé jusqu'à l'absurde et il faudrait dire qu'il y aura égalité de partage entre deux associés dont l'un a mis sans estimation dans la société sa maison, et l'autre la simple jouissance (non estimée) de la sienne. Je dis que le code veut l'égalité relative toutes les fois qu'il n'apparaît pas d'une volonté formellement contraire des associés; et c'est aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement cette volonté.

615 2o (8).

616. Lorsque l'un des associés a mis dans la société la propriété d'une somme d'argent, et l'autre la simple jouissance d'une autre somme, les juges éprouveront peut-être de l'embarras pour régler les parts.

---

damno), in altero verò omissa, in eo quoque prætermissum est, eamdem partem servari. Cette interprétation de la stipulation incomplète des parties, se justifie d'elle-même. En effet, il est de la nature du contrat de société que les bénéfices soient dans la proportion des mises, et les pertes dans la proportion des bénéfices. »

Jurisprudence. — Lorsque des associés ont formé successivement plusieurs établissements, et qu'il n'y a eu de convention écrite que pour le premier, on ne peut censurer, devant la cour de cassation, l'arrêt qui déclare que les associés ont voulu s'appliquer respectivement pour tous les établissements postérieurs, la même part qui leur avait été attribuée pour le premier, par la convention originaire, et cela encore bien qu'il y aurait quelque différence dans l'objet des établissements, en ce que, par exemple, le premier établissement aurait pour objet une exploitation de bains à domicile, tandis que les établissements postérieurs auraient pour objet l'exploitation de bains fixes (17 février 1830, Req. Paris, Lespinois. DALLOZ, XXX, 1, 135, no 77).

(1) L. 29, D. *Pro socio; junge* Instit., *de societate*, § 1, et CAIUS, III, 150.

(2) Lib. VII, cap. XIII.

(3) *Com. hic.*, cap. V; *junge* DUCAURROY, tome III, no 1060; TOULLIER, t. XIII, no 409.

Add. WARNKOENIG, no 434.

(4) NOODT, ad Paul. *Pro socio*, GODEFROY, sur la loi 29; BALDE, sur la loi 1, C. *Pro socio*, no 22; FELICIUS, cap. XV, nos 42, 43.

Add. ACCURSE, ad leg. 29, D. *Pro socio;* RANCHIN, part. V, concl. 49; TOULLIER, t. XIII, nos 411, 412.

(5) FELICIUS, cap. XV, nos 1, 6 et 7 : il cite une foule de docteurs. VINNIUS sur les Instit., *de societate*, § 1, no 2.

(6) T. XVII, nos 360 et 416. PARDESSUS, no 985, enseigne aussi la doctrine de POTHIER, ainsi que MALEPEYRE et JOURDAIN, no 141.

(7) Op. conf. de DUVERGIER, nos 225 et 228.

Add. Où il dit : « Il sera très-facile d'établir le rapport entre les parts, lorsque, les mises consistant en argent ou en effets estimés, le rapport des mises sera lui-même clairement manifesté.

« Il y aura, au contraire, quelque difficulté, lorsque les objets formant les apports n'auront point une valeur déterminée par leur nature propre, et n'auront point reçu d'évaluation dans le contrat. Mais une estimation faite à l'amiable, ou par experts, suffira pour donner les moyens d'appliquer le principe d'égalité proportionnelle que consacre l'art. 1853.

« Ainsi, à mon avis, Duranton se trompe, lorsque, reproduisant le système de Pothier, il enseigne que, sous l'empire du code, les parts des associés doivent être égales, toutes les fois que les mises ne sont pas estimées. C'est évidemment sacrifier la règle aux difficultés de l'application. Cela me paraît d'autant moins possible, que le texte est parfaitement clair; que le principe qu'il exprime est puisé dans la nature même du contrat de société, car il n'y a rien de plus équitable et de plus logique que de proportionner le bénéfice à la mise et la perte au bénéfice; qu'enfin les difficultés d'une estimation ne doivent pas être exagérées, puisqu'en recourant, s'il le faut, à des expertises ou à d'autres moyens analogues, les magistrats parviendront toujours à déterminer ce que vaut l'apport de chaque associé. »

(8) **Add.** *Ces règles s'appliquent aussi aux sociétés universelles.* — Ce principe, que vient d'enseigner TROPLONG, no 615, est aussi professé par DUVERGIER qui y donne plus de développements, no 228 : « Les dispositions sur le règlement des parts des associés doivent s'appliquer aux sociétés universelles, aussi bien qu'aux sociétés particulières.

« Je sais que Vinnius, quoiqu'il fût partisan de l'égalité pro-

Voici un exemple donné par Delvincourt et répété par Duranton, n° 427 (1) et Duvergier (n° 230).

Pierre et Paul contractent une société pour cinq ans. Pierre y met 2,000 fr., Paul y apporte 4,000 fr., mais il stipule qu'il prélèvera 2,000 fr. avant partage. On ne saurait traiter Paul comme s'il eût mis 4,000 fr. dans la société; car la société a toujours été sa débitrice de 2,000 fr., sa mise sera donc de 2,000 fr., plus de l'intérêt de 2,000 fr. pendant cinq ans, et sa part dans les bénéfices ou pertes sera calculée en conséquence (2).

Cette manière d'évaluer la jouissance d'une somme d'argent est empruntée à Pothier (n° 16), qui lui-même déclare l'avoir prise à Puffendorf (3); elle est

---

portionnelle, admettait l'égalité absolue dans les sociétés universelles. Je sais aussi que la même distinction, fondée sur les mêmes arguments, a été reproduite sous l'empire du code. Je crois qu'elle doit être repoussée, d'abord parce qu'il n'y a jamais eu de bonnes raisons pour l'admettre, et en second lieu parce que la nouvelle législation décide d'une manière claire et précise, ce qui pouvait être douteux autrefois.

« Les anciens commentateurs, pour justifier le partage des bénéfices par égales portions malgré l'inégalité des apports, disaient qu'en s'associant, on était censé avoir considéré seulement le résultat commun de l'opération, avoir consenti à prendre chacun une part égale dans la perte ou dans le profit, et s'être soumis à la loi de la société et de l'amitié, qui a pour base première l'égalité, et qui même rend égaux ceux qu'elle a trouvés inégaux.

« Vinnius déclare que ces raisons, qui ne le touchent point lorsqu'il s'agit d'une société particulière, lui paraissent déterminantes lorsque tous les biens des contractants entrent dans l'association, ou qu'une société est formée purement et simplement, sans désignation des choses qui forment les mises. Duranton adopte cette opinion, en faisant toutefois la distinction de Pothier entre le cas où il y a, et celui où il n'y a pas estimation de biens.

« On trouve dans Noodt la réfutation des raisons plus sentimentales que juridiques qui avaient séduit Vinnius. Il fait remarquer qu'il ne faut pas confondre la pure et vraie amitié avec l'association dont le but est la production de bénéfices; que la première est l'objet des études des philosophes, et que la seconde est dans le domaine des jurisconsultes. Il s'attache ensuite à démontrer que la combinaison des textes ne conduit pas à établir l'égalité entre associés dont les mises étaient inégales. Cette partie de sa discussion n'offre plus aujourd'hui d'utilité véritable. L'art. 1853, par une disposition aussi générale que précise, pose l'égalité proportionnelle comme la règle commune à toutes les sociétés; il ne permet donc pas de distinguer entre les sociétés particulières et les sociétés universelles, entre les sociétés dans lesquelles les mises sont estimées, et celles dans lesquelles il n'y a point d'évaluation des apports. »

(1) Add. DURANTON ajoute, n° 427, en restant dans les mêmes termes de l'exemple : « Mais s'il avait mis purement et simplement ses 4,000 francs, sa part dans le fonds social et dans les bénéfices ou pertes, serait des deux tiers; au lieu qu'elle n'est que des cinq huitièmes dans l'espèce ci-dessus. Et, d'un autre côté, on ne peut pas le considérer absolument comme un prêteur à la société, et à intérêt, des 2,000 francs qu'il a apportés de plus que l'autre associé; car s'il en était ainsi, sa mise n'étant que de 2,000 francs, sa part dans le gain ou dans la perte ne serait que de moitié, et il aurait droit seulement, en outre, aux intérêts des autres 2,000 francs; ce qui pourrait être bien différent dans les résultats. Mais il n'a pas entendu faire un prêt. »

(2) T. III, notes, p. 224.

(3) N° 5, ch. VIII, § 2.

Add. DUVERGIER ajoute, n° 230 : « Cependant la position de l'associé n'est pas tout à fait semblable à celle d'un prêteur. Souvent la mise sociale court des risques, à raison de la nature même des opérations pour lesquelles la société est formée. Lorsque ces risques pèsent sur l'associé, il paraît juste de les faire entrer comme élément dans le calcul de la valeur de son apport. Puffendorf exprime cette idée; il fait remarquer que dans une société où l'un met son industrie, et l'autre la jouissance d'une somme, « on compare avec la peine de l'un des associés non pas « le fonds même de l'autre, mais les *risques* que celui-ci court de « perdre son argent et *le gain* qu'il en pouvait vraisemblablement « attendre. De sorte, poursuit-il, que s'il s'agit de partager le pro- « fit entre deux associés, dont l'un a fourni, par exemple, « mille écus, et l'autre, un travail qui n'en vaut que cent, il ne « faut pas simplement donner à celui-ci un dixième; mais plutôt « on doit comparer sa peine avec ce à quoi peuvent se monter « les risques auxquels l'autre a exposé son argent, et avec le « gain qu'il avait lieu de s'en promettre; et si cela ne va pas « au delà de cent écus, alors chacun aura une part égale du « profit. »

« Mais sentant toute la difficulté d'une semblable appréciation, il ajoute : « Le plus court est néanmoins de faire l'estimation de « ces risques et de ce gain sur le pied des intérêts que l'on donne « ordinairement pour un argent prêté. Ainsi, supposé que les in- « térêts soient fixés à 6 p. %, si l'un des associés ayant fourni « mille écus, la peine de l'autre en vaut soixante, le gain doit « être partagé également. »

« Je crois en effet que c'est le meilleur parti à prendre. Il dispense de calculs nécessairement difficiles et compliqués; et l'on n'a point à craindre qu'il conduise à de graves et fréquentes erreurs.

« L'argent et en général les choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage sont les plus exposées aux chances de perte : or, quoique ces choses ne soient apportées que pour la jouissance et que l'associé en reste propriétaire, les risques sont à la charge de la société; l'associé ne peut donc pas chercher dans un danger auquel il n'est pas exposé un motif pour se faire allouer une plus forte part dans les bénéfices. Il n'y aurait lieu de lui tenir compte des risques, que lorsque sa mise serait composée d'objets certains et non fongibles, parce que c'est sur lui que pèsent les risques de ces objets; mais alors le danger diminue, et il ne vaut guère la peine d'établir une règle spéciale pour des cas qui ne se présenteront que très-rarement. J'ai cru toutefois devoir montrer la nuance qui existe entre la mise qui est aux risques de la société, et celle dont la perte retomberait sur l'associé, afin de ne rien omettre de ce qui peut diriger les magistrats dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire, dont ils sont investis, lorsqu'il faut déterminer la valeur d'une chose mise en société, pour la jouissance seulement. »

DURANTON dit, n° 431 : « Cette décision de Pothier, qu'approuve Puffendorf, nous paraît bien fondée en supposant que l'industrie de l'artisan ait été évaluée lors du contrat, et c'est probablement ce que suppose Pothier; car, si elle ne l'a pas été, il nous semble qu'elle a tacitement été estimée, par les parties elles-mêmes, valoir l'usage du capital fourni par l'une d'elles pendant le temps que devait durer la société, ni plus ni moins, et, par conséquent, que le profit doit se partager par égales portions, à moins de convention contraire. Au lieu que Pothier en donne les deux tiers à l'artisan et un tiers seulement au marchand.

« De plus nous pensons bien, avec cet auteur, que dans l'espèce où l'industrie de l'artisan a été évaluée lors du contrat à une somme de *soixante écus*, il était nécessaire pour que le capital lui-même du marchand ne fût pas censé mis dans la société quant à la propriété ou le fonds, que le marchand se fût expressément réservé le droit de le reprendre; autrement, il serait présumé avoir voulu le rendre commun au moyen des dix onzièmes qu'il devait avoir dans le fonds social et dans les bénéfices. Mais si l'industrie de l'artisan n'avait point été évaluée d'abord, comme elle n'était pas d'une importance égale à la valeur de ce capital et aux profits qu'il pouvait donner par l'usage pendant la durée de la société, nous croyons que ce même capital aurait été censé mis dans la société pour la jouissance seulement, et que l'industrie de l'artisan y aurait été censée mise par compensation à cette jouissance; en conséquence, que le profit eût dû se partager par égales portions, après le prélèvement du capital par celui qui l'avait versé dans la société. »

simple et logique. La valeur de l'usage apporté à la société ne saurait être évaluée qu'à l'intérêt ordinaire de l'argent, à moins de se livrer aux insolubles calculs des probabilités du risque.

616 2° (1).

617. Quand c'est une industrie qui est apportée à la société et que le contrat ne lui assigne pas une valeur précise, l'art. 1853 veut que la part de l'industriel soit réglée comme si sa mise était égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.

Par cette fixation, le législateur a voulu que celui qui apporte son travail et ses bras, ne négligeât pas de faire sa part et d'assurer son sort dans la société. Si on lui eût donné la part la plus forte, on aurait encouragé l'oubli de la précaution la plus facile à prendre (2).

618. Il suit de là que si la société se compose de deux associés seulement, dont l'un aura apporté 10,000 fr., l'autre son industrie, le partage se fera par moitié. C'était aussi l'opinion de Balde dans l'ancien droit; l'égalité étant à ses yeux la règle des rapports entre associés, il voulait que celui qui avait apporté son industrie prît, dans les bénéfices, une part égale à celle de l'associé qui a fourni les fonds (3).

619. Mais supposons que l'industriel ait apporté une somme d'argent, 10,000 fr., par exemple, et son industrie, et l'autre associé, 20,000 fr.; l'industrie du premier sera évaluée à 20,000 fr., et son apport sera censé être de 30,000 francs. On se tromperait étrangement, si l'on voulait prendre pour base de l'appréciation de l'industrie les 10,000 fr. apportés par l'associé travailleur. Ces 10,000 ne doivent pas servir de terme de comparaison. Notre article veut qu'on choisisse le point de départ dans la mise de l'autre associé; d'ailleurs, ces 10,000 fr. ne sont pas une mise; ils ne sont que partie d'une mise (4).

620. Quand la société se compose de deux per-

---

(1) **Add.** *Circonstances qui peuvent influer sur l'estimation des mises sociales.*—Duvergier dit, n° 229 : « Il serait impossible de prévoir et d'indiquer toutes les circonstances et toutes les causes qui sont de nature à exercer de l'influence sur l'estimation des choses mises en société; chaque espèce fournira des éléments pour la solution de la difficulté. C'est, comme je l'ai déjà dit, à la sagesse des tribunaux qu'il faut laisser le soin de les apprécier, de déterminer quelle est la valeur intrinsèque des objets qui composent les apports, et ce que cette valeur reçoit d'augmentation ou de diminution du temps, du lieu où la société se forme, du but qu'elle se propose, des moyens qu'elle emploie, de la position des associés et d'une foule d'autres causes.

» Il est presque inutile de dire, tant cela est évident, que la valeur de la mise n'est pas la même, lorsque c'est la propriété des choses qui la composent qui entre dans la société, et lorsque l'apport se borne à la jouissance. Mais l'appréciation de cette dernière espèce de mise présente des difficultés, sur lesquelles il est nécessaire de donner quelques explications. »

Pardessus ajoute, n° 985 : « Si la qualité ou valeur de quelques-unes seulement avait été déterminée, on présumerait que les apports non déterminés sont égaux au moindre de ceux dont la valeur est connue. C'est par suite de cette règle qu'à défaut d'évaluation, la mise d'industrie est réputée d'une valeur égale à la moindre des mises d'objets évalués.

» Comme le plus souvent la proportion dans les profits et pertes de la société est réglée par celle des mises, et même qu'il en est ainsi lorsque les parties n'ont pas fait une autre convention, il est fort important de ne pas confondre avec la mise les prêts ou avances que des associés font à la société.

» Il arrive souvent, en effet, qu'un associé s'oblige à verser une somme indépendante de sa mise, dont il est créancier particulier, et dont il stipule que la société lui payera les intérêts, et même qu'au bout de chaque année ces intérêts restants formeront en sa faveur un nouveau capital produisant intérêt.

» Cette stipulation n'a pas toujours besoin d'être expresse; elle peut résulter de la seule convention que les associés pourront avoir des *comptes courants;* quelquefois même cette obligation leur est imposée, et la somme qu'ils doivent avoir en *compte courant obligé* est déterminée par l'acte de société. Dans l'un et l'autre cas, ils sont traités comme des créanciers de la société.

» C'est d'après les circonstances, et principalement d'après ce que les contractants ont dû avoir en vue, qu'il faut se décider pour connaître quel est au juste le montant de la mise de chacun, et si cette mise ne se compose que de ce que chacun a primitivement versé, ou si l'on doit encore y ajouter ce qu'il aurait eu occasion de payer pour la société.

» Un exemple rendra cela sensible. Pierre et Paul s'associent pour acheter, à Cadix, une quantité de marchandises qui s'élève à 30,000 francs; Pierre y concourt pour 10,000 francs, Paul pour 20,000 francs; leur société, comme il arrive souvent, n'est qu'une association en participation, dont les conditions n'ont pas été réglées par écrit.

» Pierre reçoit les marchandises, et, pour le fret, la contribution aux avaries communes qu'elles ont supportées, les droits de douanes et autres semblables, il paye 10,000 francs.

» La vente est faite au bout d'un mois, elle est tellement avantageuse qu'elle offre un bénéfice de 30,600 francs, tous frais et déboursés d'achats payés. Il s'agit de partager ce bénéfice. Pierre prétend que son intérêt dans la société est de 20,000 francs, égal à celui de Paul, et par conséquent il exige moitié du bénéfice, c'est-à-dire, 15,300 fr.; attendu que, suivant les règles du droit commun, à défaut de convention spéciale, les bénéfices et pertes doivent être proportionnés aux mises. Paul soutient que le bénéfice net qu'a produit la vente doit être partagé suivant la mise de fonds, en ayant seulement égard au prix d'achat des marchandises; que les 10,000 francs que Pierre a déboursés sont une avance dont il lui est dû seulement intérêt, à six pour cent, c'est-à-dire 50 fr. pour le mois, pendant lequel il en a été à découvert. Il prétend en conséquence que sur le bénéfice de 30,600 francs, Pierre doit prendre 1° 50 francs pour intérêts de ses avances; 2° 10,000 fr., pour le tiers du restant, puisque sa mise n'était que du tiers du fonds social.

» La rigueur du principe est sans doute en faveur de Paul; ce que Pierre a payé pour le fret et accessoires et pour les douanes, en un mot pour que les marchandises communes fussent rendues en France, n'a été qu'un déboursé pour le compte de la société; une convention expresse ou au moins résultant des circonstances et de la manière dont les parties ont agi, pourrait seule avoir modifié la règle et porter à considérer ses avances comme une augmentation de mise qui l'égalerait à son associé. »

Zachariæ dit, § 381 : « Si la valeur des biens formant la mise de l'un des associés n'a point été fixée par les parties, il appartient au juge de l'apprécier. »

Demante ajoute, n° 561 : « Observons au reste que s'il n'apparaissait du contraire, les apports respectifs seraient facilement supposés être tous de la même valeur, ce qui attribuerait à chaque associé une part égale. »

(2) Boutteville, tribun, ci-dessus, p. 231.

Add. Duvergier ajoute, n° 226 : « Il n'y a qu'une espèce de mise dont l'estimation présentait trop de chances d'injustice ou d'erreur pour qu'on l'abandonnât aux tribunaux; c'est celle qui consiste en industrie. Mais le législateur n'a pas voulu que, même lorsqu'il s'agit d'apport en industrie, l'égalité absolue remplaçât l'égalité proportionnelle; et pour rendre l'application de celle-ci possible, il fait lui-même l'estimation de la mise. »

(3) Sur la loi 1, C. *Pro socio*, nos 3, 4, 5.

Add. Op. conf. de Duvergier, n° 231.

(4) Duranton, t. XVII, n° 433; Duvergier, n° 232.

Add. Où il ajoute : « Il faut convenir que l'art. 1853 ne prévoit pas de cas où une mise sociale se compose en même temps d'industrie et d'autres objets; il suppose que tout l'apport consiste en industrie. Le moyen d'évaluation qu'il indique n'est donc présenté ici que comme le plus convenable, comme celui qui est le plus en harmonie avec la règle établie pour une situation

sonnes qui ont fourni leur industrie, la loi ne donne pas de règle *à priori* pour suppléer au défaut de convention. Disons avec Balde que c'est une question de fait laissée à l'appréciation du juge (1) ; on pèsera l'importance des deux industries et les services qu'elles peuvent rendre à la société.

621. Telles sont les règles auxquelles on aura recours pour suppléer au silence des parties ; mais les associés agiront avec prudence en faisant eux-mêmes leur position.

621 2° (2).

622. Ces parts dans les bénéfices et dans les pertes ne se distribuent souvent qu'à la fin de la société, alors que l'ensemble des opérations est complet et que, par la balance de leur résultat final, on peut savoir s'il y a eu bonne ou mauvaise fortune et si le capital social a été augmenté ou diminué.

Il y a même des auteurs qui veulent que ce soit une règle de droit, de ne rien prendre sur les gains, tant que la société n'est pas terminée. « Prima opinio, dit « Felicius, verissima est, ante societatem finitam et « revisam rationem, *lucrum extrahi non posse* quia « an adsit lucrum vel damnum, cognosci non potest, « nisi finitâ societate, et revisis rationibus (l. *Mutius*, « D. *Pro socio* et rots genuensis, *decis.* 175, n° 16(3). » Mais cette proposition, sur laquelle nous reviendrons plus tard, est beaucoup trop absolue ; nous verrons Bartole la révoquer en doute, et la jurisprudence de la cour de cassation s'en écarter formellement (4). Ce qu'il y a de sûr, c'est que Felicius limite sa proposition par un si grand nombre d'exceptions, qu'il n'y a presque plus de distance entre son affirmation et les doutes de Bartole (5). En effet, voici dans quels cas il admet la distribution anticipée des bénéfices.

1° Dans le cas où il aurait été convenu qu'une portion des gains serait, à certaines époques, répartie entre les associés (6) ; c'est ce qui se pratique, dit-il, dans les sociétés pour les offices de la cour de Rome, dans les sociétés de cheptel, dans le bail à colonage, dans presque toutes les sociétés qui doivent durer un certain temps (7) !

2° Lorsque l'usage le permet ; et Felicius (8) admet, avec Menochius (9), que les marchands ont coutume, en conservant leur capital intact, de faire une distribution annuelle de profits, surtout quand les affaires de la société sont heureuses ! Nous verrons plus tard Savary attester cet usage dans ses formules de sociétés en commandite (10).

3° Quand la nature de la spéculation indique que les parties ont entendu que les bénéfices ne seraient pas ajoutés au capital social (11).

4° Quand la société repose sur des combinaisons qui mettent un associé dans la nécessité de prendre quelque chose sur les gains pour son entretien (12).

5° Quand, l'un des associés ayant prélevé quelque chose, l'autre demande à user du même droit (13).

6° Quand la répartition se fait d'accord avec l'administrateur de la société (14).

Voilà de nombreuses exceptions ! je n'en demande pas davantage pour démontrer qu'il n'est pas vrai que le partage des bénéfices avant la fin de la société n'entre pas dans une certaine mesure dans le droit des associés. Il est évident qu'il y a des cas très-fréquents dans lesquels un associé a action contre la société qui retiendrait sa part de bénéfices (15). Il est évident aussi que les tiers ne sauraient critiquer les distributions périodiques faites de bonne foi, et qui laisseraient intact le capital offert au public comme gage de crédit social. Mais la question des tiers n'est vraiment intéressante qu'à l'égard des associés commanditaires, et nous aurons occasion de la retrouver dans le commentaire des art. 1862 et suivants (16).

622 2° (17).

---

analogue, quoique différente ; ainsi les tribunaux ne sont pas absolument tenus de le mettre en usage. S'ils acquièrent la conviction que le travail de l'associé qui fournit aussi des capitaux vaut plus ou moins que la plus petite mise, ils pourront s'écarter de cette base, à laquelle ils seraient obligés de s'attacher, si l'associé n'apportait que son industrie.

« Il leur sera même impossible de l'adopter, lorsque tous les membres de la société fourniront des capitaux et leur industrie. Dans cette hypothèse, aucune des mises n'aura une valeur déterminée d'avance, qui puisse servir à l'évaluation des autres. »

L'opinion de **TROPLONG** est approuvée par **ZACHARIÆ**, § 381.

(1) Sur la loi 1, C. *Pro socio*, n° 11.

(2) **Add.** *L'article 1853 s'entend aussi de la masse à partager.* — **DURANTON** dit, n° 416 : « L'art. 1853 qui veut que l'on suive la proportion des mises lorsque les associés n'ont pas fixé eux-mêmes les parts, ni désigné l'un d'entre eux ou un tiers pour les fixer, ne parle toutefois que des parts dans *les bénéfices ou pertes*, et l'on ne peut pas considérer le fonds social, les mises elles-mêmes, comme un bénéfice ; mais sa disposition n'est point conçue dans un sens restrictif ; elle s'applique également, soit que toute la masse doive être partagée, soit qu'il y ait lieu d'abord au prélèvement des apports ; en d'autres termes, soit que les objets apportés par les associés aient été mis dans la société quant à la propriété elle-même, soit qu'ils n'y aient été mis que pour la simple jouissance seulement ; et, à cet égard il faut se reporter à ce qui a été dit ailleurs, pour bien distinguer un cas d'avec l'autre. »

(3) Cap. XV, n° 13.

(4) *Infrà*, n° 845.

(5) Et c'est aussi ce que fait **DUVERGIER**, qui adopte, sans le citer, une opinion analogue à celle de **FELICIUS**, n° 221.

(6) *Junge* **DUVERGIER**, n° 221.

(7) **FELICIUS**, *loc. cit.*, n° 14.

(8) N°s 15 et 11.

(9) Consilium 181, n° 49, lib. II.

(10) *Infrà, loc. cit.*

(11) N° 16.

(12) N° 17. *Junge* **PARDESSUS**, t. IV, n° 1006 ; **DUVERGIER**, n° 221.

(13) N° 18.

(14) N° 19.

(15) **MALEPEYRE** et **JOURDAIN**, n° 145.

(16) *Infrà*, n° 846.

(17) **Add.** *L'associé dont la mise consiste en industrie doit-il supporter une portion de la perte des capitaux qui ont été apportés par ses coassociés ? Systèmes divers.* — **DUVERGIER**, n°s 233-236, dit : « Une fois que le rapport entre la mise industrielle et les mises en argent ou en effets est établi, les droits des associés se trouvent déterminés ; la nature des choses qui ont composé les apports n'exerce aucune influence sur la répartition des bénéfices ou des pertes ; l'associé qui a mis son industrie dans la société, et celui qui a fourni de l'argent, des marchandises, des meubles ou des immeubles, jouissent des mêmes avantages et sont soumis aux mêmes obligations, dans la proportion qui résulte de la valeur respective des apports.

« Quoique personne ne conteste cette règle, quoiqu'elle soit très-claire, et qu'elle paraisse trop absolue pour admettre des exceptions, cependant, elle présente, dans l'application, des questions qui ont divisé les plus habiles jurisconsultes.

« Ils se sont demandé si l'associé dont la mise consiste en industrie doit indemniser ses coassociés, pour une portion, de la perte des capitaux que ceux-ci ont apportés. Fachin nous apprend que quatre opinions différentes ont été émises sur cette difficulté.

« La première était que la perte devait être répartie entre tous.

« Dans la seconde, on distinguait le cas où, au moment de la perte, l'industrie n'avait point encore été exercée pour la société, de celui où, au contraire, l'associé qui avait promis son travail,

622 3° (1).

l'avait effectivement fourni. L'on décidait que, dans la première hypothèse, chaque associé supportait sa part de la perte, et que dans la seconde la perte entière retombait sur celui qui avait fourni le capital.

« Le troisième système admettait aussi une distinction, il présentait une solution différente, selon que l'argent était entré dans la société, pour la propriété ou seulement pour la jouissance : s'il était entré pour la propriété, il périssait pour le compte de celui qui l'avait apporté, sans recours contre l'associé qui avait fourni son industrie ; s'il n'avait été mis que pour la jouissance, la perte se répartissait entre les associés.

» Enfin, le quatrième avis mettait dans tous les cas la perte à la charge de l'associé qui avait fourni le capital. C'est ce sentiment que préfère Fachin.

« Vinnius l'adopte également. A la vérité, il distingue entre l'apport en jouissance et l'apport en pleine propriété ; et il s'attache uniquement à prouver qu'aucune portion de la perte ne doit être supportée par l'associé qui a fourni son industrie, lorsque c'est seulement la jouissance du capital qui a été mise en société par son coassocié. On pourrait donc croire que son avis est précisément l'inverse de la troisième opinion rapportée par Fachin ; mais il est au contraire évident que, s'il décharge l'associé industriel de toute contribution à la perte du capital, lorsque ce capital n'est engagé que pour la jouissance, à plus forte raison, il doit l'en affranchir, lorsque c'est la propriété même de l'argent qui forme l'apport social.

« Dans ce conflit d'opinions et d'autorités il était difficile de se déterminer. Les principes disparaissaient devant les considérations présentées d'une manière également ingénieuse par les partisans de chaque système.

« Heureusement, le code civil a tracé nettement et pour toutes les hypothèses la règle relative aux risques des choses mises en société ; il a ainsi rendu facile la solution d'un problème autrefois fort ardu.

« Les docteurs, qui faisaient la distinction entre le capital apporté pour la jouissance seule et le capital fourni en toute propriété, justifiaient leur doctrine par des raisons vraiment séduisantes. Lorsque, disaient-ils, la mise en industrie est considérée comme égale à la mise en argent, celui qui a fourni son travail perd autant que celui qui a donné ses capitaux ; il n'est donc pas juste qu'en outre il supporte une portion de la perte des sommes qui ont été mises dans la société. Mais lorsque le travail n'est pas censé l'équivalent de la propriété de l'argent, celui dont la mise se composait d'industrie a moins perdu que celui dont les capitaux ont péri ; il faut donc, pour rétablir l'égalité, qu'il supporte une portion de la perte.

« Fachin réfute assez mal cette argumentation qui, on le voit, est nette et serrée ; il suppose que l'intention des parties n'est pas que l'un des associés perde à la fois son travail et de l'argent. Vinnius reproduit la même idée sous une forme plus heureuse. Il considère le travail comme l'équivalent de la jouissance du capital et du risque qu'on court de le perdre en le mettant dans la société ; d'où il conclut que, si le capital périt, celui qui l'a exposé ne peut se plaindre d'une chance à laquelle il s'est soumis.

« La mise en industrie est-elle en effet seulement l'équivalent de la jouissance de l'argent, ou représente-t-elle aussi le danger que court le capital placé dans les opérations sociales ; en d'autres termes, qui de la société ou de l'associé est responsable des risques ? C'est là véritablement la question.

« Le code civil a prononcé. L'art. 1851 décide que c'est la société ; il met ainsi fin à la controverse. »

Duvergier continue en exposant, au n° 237, les règles prescrites par l'art. 1851, quant à la responsabilité des risques, selon que la chose mise en société l'a été pour la propriété ou la jouissance ; il ajoute, n° 238 : « Il arrive quelquefois que non-seulement les choses mises dans la société pour la propriété ou pour la jouissance périssent ; mais qu'en outre, la société est engagée envers les tiers. Ces dettes doivent, dans tous les cas, être supportées par tous les associés, sans que la nature de leurs apports puisse établir entre eux de différence. Duranton fait très-bien remarquer que, « si l'associé qui a apporté son industrie « objectait qu'il n'a entendu hasarder que son industrie, que « c'était la seule chose qu'il avait lors du contrat, les autres lui « répondraient qu'eux-mêmes ne pensaient aussi hasarder que le « capital qu'ils mettaient dans la société pour la jouissance seu« lement ; que les deux mises étant perdues, et des dettes en « outre existant, ces dettes doivent être supportées en commun, « et dans la proportion de la part que chacun d'eux aurait eue « dans les bénéfices, s'il y en avait eu. » Il ajoute que l'art. 1853 confirme cette solution, puisqu'il oblige l'associé qui n'a apporté que son industrie, à supporter, *dans les pertes*, une part égale à celle de l'associé qui a le moins apporté. »

Op. conf. de **Duranton**, n° 431, où il dit : « La règle *res perit domino* n'est pas applicable ici aux associés, mais bien au contraire à la société, et par conséquent à l'associé aussi qui n'a apporté que son industrie. »

622 4° (2).

(1) **Add.** *L'art. 1853 suppose-t-il que l'associé qui n'a apporté que son industrie a droit au partage du fonds social ?* — **Duranton** dit à ce sujet, nos 418 et suivants : « Remarquons que notre article ne s'explique que sur la part de l'associé dans les bénéfices ou pertes, et non dans le fonds social ou les mises, lesquelles ne peuvent être considérées comme des bénéfices ; en sorte qu'elles ne se confondent point quant à la propriété, mais seulement quant à la jouissance, avec l'industrie de l'associé ; par conséquent elles se prélèvent sur la masse lors du partage. »

« Mais, ainsi que nous l'avons dit plus haut, parfois la mise faite par un associé se confond, quant à la propriété elle-même, avec l'industrie de l'autre, et par conséquent, comme il n'y a pas lieu, dans ce cas, au prélèvement de cette mise avant le partage, la part de celui qui n'a apporté que son industrie n'est pas seulement *dans les bénéfices ou pertes*, elle est dans le fonds social lui-même qui est commun en tout point. Mais cela n'est pas ordinaire généralement ; au contraire, l'industrie de l'un des associés est mise en rapport, non avec la propriété du capital mis par l'autre dans la société, mais seulement avec la jouissance de ce capital ; et cela se détermine ou par une convention expresse des parties, ou par leur intention probable, laquelle s'infère de toutes les circonstances de l'affaire, et principalement de l'importance des mises en deniers ou autres valeurs comparées à l'importance de l'industrie du coassocié pendant le temps fixé pour la durée de la société.

« Cela posé, parcourons quelques hypothèses. Supposons d'abord une société convenue pour cinq ans par deux personnes, dont l'une a mis seulement son industrie et l'autre une somme de 10,000 francs sans que le contrat contienne aucune convention quant au règlement des parts ; et supposons aussi que celui qui a mis la somme en ait stipulé le prélèvement n'entendant en mettre que la jouissance seulement dans la société, ou qu'à défaut de cette stipulation, la chose doive être ainsi, à raison de ce que l'industrie du coassocié, pendant le temps convenu pour la durée de la société, n'a pu être considérée, dès le principe, comme étant d'une valeur égale à cette somme, mais bien seulement comme étant d'une valeur égale à la jouissance ou l'intérêt de ladite somme, un peu plus ou un peu moins. Dans ce cas, si, lors de la dissolution de la société, il y a, par exemple, 10,000 francs de bénéfices, chacun des associés en aura 5,000. Il ne peut y avoir de difficulté sur ce cas, car l'intention des parties, quoique non exprimée, est néanmoins fort claire. »

(2) **Add.** Quid *si en outre de la perte des capitaux, il y avait des dettes ?* — **Duranton** répond, n° 432 : « Il nous paraît incontestable que si tous les capitaux mis dans la société pour la jouissance seulement étaient perdus, et qu'il y eût en outre des dettes, l'associé qui a apporté son industrie devrait aussi en supporter sa part ; car s'il objectait à son coassocié qu'il n'a entendu hasarder que son industrie, que c'était la seule chose qu'il avait lors du contrat, celui-ci lui répondrait que lui-même ne pensait aussi hasarder que le capital qu'il mettait dans la société pour la jouissance seulement ; les deux mises étant perdues, et des dettes, en outre, existant, ces dettes doivent donc être supportées en commun, et dans la proportion de la part que chacun d'eux aurait eue dans les bénéfices, s'il y en avait eu. L'article 1853

Art. 1854. Si les associés sont convenus de s'en rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour le règlement des parts, ce règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité.

Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trois mois depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 31. *Si les associés sont convenus de se rapporter à l'un d'eux ou à un tiers pour les règlements des parts, ce règlement ne peut être attaqué que par une preuve certaine qu'il est contraire à l'équité* (*a*).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 23. La première partie conforme à l'art. 31 du projet de la commission.

Nulle réclamation n'est admise à ce sujet, s'il s'est écoulé plus de trente jours depuis que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, ou si ce règlement a reçu de sa part un commencement d'exécution.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — Art. 31. C'est quelque chose de bien vague que de supposer un règlement *contraire à l'équité*. N'est-il pas plus expédient d'assimiler ici ce règlement à tout partage qui n'est susceptible d'être attaqué que pour lésion de plus du quart?

TRIB. DE MONTPELLIER. — Art. 31. Il semble qu'il n'y ait qu'une lésion notable qui puisse autoriser le recours contre la décision du tiers ou de l'associé auquel on s'en est rapporté.

TRIB. DE NÎMES. — Art. 31. Pour éviter les questions souvent versatiles que de pareilles contestations pourraient entraîner, ne vaudrait-il pas mieux établir que de pareils règlements seraient censés ratifiés par la non-réclamation des intéressés, dans un très court délai que la loi fixerait?

TRIB. DE RENNES. — Art. 31. Cet article est à retrancher comme vague et inutile. L'associé qui voudra attaquer le règlement des parts ne manquera jamais de prétextes plus ou moins spécieux pour le supposer contraire à l'équité. Ou le vœu du législateur est de rendre ce règlement irrévocable, ou son intention est d'autoriser l'associé qui s'en croit lésé à l'attaquer; dans l'un et l'autre cas, l'art. 31 doit être réformé. Au surplus, la commission pense qu'on ne peut priver l'associé du droit de se plaindre du règlement fait soit par un autre associé, soit par un tiers qui n'a point le caractère de juge, encore moins celui de juge en dernier ressort.

Le tribunal est d'avis que l'article soit retranché.

(*b*) MOTIFS.

TREILHARD : « Enfin, si les associés conviennent de s'en rapporter à un arbitre pour le règlement des contestations qui pourraient s'élever entre eux, ce règlement doit être sacré, à moins que quelque disposition évidemment contraire à l'équité, n'en sollicitât hautement la réforme; encore a-t-on dû fixer un terme court à la partie lésée, pour faire sa réclamation.

« Je crois que de pareilles dispositions se trouvent dans un accord parfait avec l'équité naturelle et la saine raison.

« Telles sont les règles des associés entre eux, quand ils n'auront pas fait de conventions différentes; car, on ne saurait trop le répéter, les conventions des associés sont leurs premières lois, si elles ne se trouvent empêchées par aucune prohibition. »

Pour quelles causes le règlement peut être anéanti.

Rapport par BOUTTEVILLE : « Daignez aussi le remarquer, nous n'avions à choisir qu'entre la part la plus forte et la plus faible; il était impossible de recourir au nombre des associés. Les mises et les parts des autres pouvant être inégales, il devient impossible de suivre à la fois la proportion du nombre des associés et celle de leurs mises. Le seul parti à prendre était donc celui des dispositions du projet qui statuent que l'égalité entre associés n'est pas en raison de leur nombre, mais en proportion des mises de chacun; que l'industrie n'aura droit qu'à la part la plus faible; c'est-à-dire qu'elle est bien avertie de s'apprécier elle-même et de faire fixer sa part ou son traitement; qu'enfin, si les associés s'en rapportent pour le règlement des parts à un tiers ou à l'un d'eux, la décision d'un arbitre de leur choix sera sacrée pour eux, ou du moins ne pourra être attaquée que dans un temps très-court, et anéantie que par la cause qui détruit tout pouvoir, l'abus, dernier terme de l'injustice. »

Discours par GILLET : « Mais cela n'empêche pas que les associés n'aient pu constituer l'un d'eux pour unique arbitre et régulateur de leur partage.

« Cet abandon à l'autorité d'un seul est favorable en plusieurs occasions où les associés ne sont que des collaborateurs choisis et protégés par le chef de la famille ou de la maison.

« Toutefois, la décision de cet arbitre unique devrait être réformée si elle était évidemment injuste. »

SOURCES.

Leg. 6, D. *Pro socio*; leg. 76, 77, 78, 79, eod. — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. XVIII, sect. II, art. 11. — POTHIER. *Société*, n° 74.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1726. Conf. à l'art. 1854, C. F.
Louisiane. — 2837. Id.
Sardaigne. — 1877. Conf. à l'art. 1854, C. F.
Haïti. — 1623. Id.

SOMMAIRE.

623. Du cas où les parties s'en sont rapportées à l'une d'elles ou à un tiers, sur la fixation des parts. Droit romain.
624. Le code y est conforme.
Fins de non-recevoir contre la fixation de l'arbitrateur.
625. Si l'arbitrateur décède avant d'avoir rempli sa mission, la société est nulle.
625 2°. *Quid si, au lieu d'une personne, les parties en ont désigné deux ou plusieurs?*
625 3°. *Le partage entre les deux arbitres entraînerait aussi la nullité de la société.*
626. La société est nulle également si les parties sont convenues de s'en rapporter à un arbitre à désigner plus tard.
626 2°. *Autre espèce posée par Duranton. Cas où de-*

---

s'appliquerait parfaitement aussi à ce cas, en ce qu'il oblige l'associé qui n'a apporté que son industrie, à supporter, *dans les pertes*, une part égale à celle qu'il eût eue dans les bénéfices, et en réglant cette part, à défaut de convention, sur le pied de celle de l'associé qui a le moins apporté en valeurs effectives; et dans l'espèce, c'est la même que celle du coassocié, puisqu'il n'y en a pas de plus forte : *Ultimus est is quem nemo sequitur*, comme *proximus est is quem nemo antecedit.* »

puis l'association les parties conviennent d'un tiers, qui refuse.

626 3°. *Mode de liquidation des sociétés annulées pour défaut de fixation des parts.*

COMMENTAIRE.

623. Il arrive quelquefois que les associés conviennent de s'en rapporter à l'un d'eux, ou à un tiers, sur la fixation des parts; ce cas avait fixé l'attention des jurisconsultes romains (1). Ils avaient pensé que cet arbitre n'était pas un arbitre de droit, un de ces arbitres juges souverains dont la décision, bonne ou mauvaise, est toujours inattaquable (2), et ils prononçaient que lorsque le règlement qu'on lui avait demandé était contraire à l'équité, l'associé avait action pour le faire redresser (3).

624. Notre article est calqué sur ces idées que Pothier avait reproduites (4); seulement il élève deux fins de non-recevoir contre la réclamation de la société : la première est une prescription abrégée; trois mois après que la partie a eu connaissance du règlement, il ne lui est plus permis d'élever la voix pour le critiquer (5); la seconde est tirée de l'acquiescement. Un commencement d'exécution a la même vertu que la prescription (6).

625. Si l'arbitrateur décède avant d'avoir rempli sa mission, ou s'il refuse, la société est nulle de plein droit : *Societas ipso jure nulla est*, dit le président Favre, d'après Celsus (7), *quia arbitratoris persona electa fuit à quâ non est recedendum* (8). L'opinion contraire de Malepeyre et Jourdain (9), quoique ayant pour elle le sentiment de Pardessus, manque de solidité.

625 2° (10).

---

(1) L. 6, 76, 77, 78, 79, 80, D. *Pro socio*.

(2) A ce propos et sur la loi 76, BARTOLE s'est longuement étendu sur la distinction des arbitres de droit, et des arbitres arbitrateurs.

(3) Voyez FELICIUS, cap. XVII, n°s 26 à 32, et mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 158.

Add. DUVERGIER ajoute, n° 243 : « Le règlement qui donnerait aux associés des parts hors de proportion avec leurs mises, ou qui leur attribuerait dans les bénéfices plus ou moins que dans les pertes, serait contraire à l'équité; du moins, il y aurait présomption qu'il la blesse ; et ce serait à celui qui voudrait le faire maintenir à prouver que l'iniquité n'existe pas réellement, que l'industrie, le crédit de l'un des associés, ou toute autre circonstance justifie la répartition inégale des bénéfices et des pertes. »

DURANTON dit dans le même sens, n° 424 : « Il ne serait pas nécessaire, pour que la partie lésée pût réclamer, qu'il y eût pour elle une lésion de moitié des droits qu'elle pouvait raisonnablement prétendre d'après sa mise comparée à celle des autres, ou d'après son industrie; car cet arbitrage s'entend d'un arbitrage *boni viri;* mais d'un autre côté, il faudrait que le règlement fût évidemment contraire à l'équité, et il serait tel si, dans le cas de mises parfaitement égales sous tous les rapports, il attribuait à l'un des associés les deux tiers ou les trois quarts de la masse ou même simplement des bénéfices, et à l'autre seulement le tiers ou le quart; ou si, les mises étant inégales, il donnait aux associés des parts parfaitement égales même dans le simple profit. »

« L'égalité dans le contrat, dit LECLERCQ, t. VI, p. 297, doit être plus rigoureusement observée que dans les autres. »

On lit dans DALLOZ, § 4, n° 8 : « Malleville pense que les juges ne devraient s'écarter du règlement fait par l'un des associés, ou par un tiers, conformément à la convention, que s'il était infecté d'une lésion d'outre moitié. Mais Delaporte fait judicieusement observer que cette règle est trop forte pour le contrat de société, dans lequel la bonne foi est spécialement requise. La question de savoir quand le règlement peut être corrigé dépend beaucoup des circonstances et est abandonnée à la prudence des juges. La présomption de droit est toujours en faveur du règlement. »

(4) N° 64.

(5) **Add.** DALLOZ, § 4, n° 7, dit à ce sujet : « Pour constater que la partie qui se prétend lésée a eu connaissance du règlement, il doit lui avoir été notifié ; cette notification peut seule faire courir le délai dans lequel est circonscrit l'exercice du droit de réclamation qui lui est accordé. »

(6) **Add.** « Mais, dit DELEURIE, n° 11075, il ne peut produire cet effet s'il est accompagné de réserves. Ainsi un associé qui aurait reçu la part à lui assignée, en protestant de se pourvoir contre le règlement, ne serait pas non recevable à réclamer. »

(7) L. 75, D. *Pro socio*.

(8) Sur la loi 76, D. *Pro socio; junge* mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 156; DURANTON, t. XVII, 425; DELVINCOURT, t. VII in-8°, p. 291; DUVERGIER, *Société*, n° 245.

Add. DUVERGIER dit ici : « La fixation des parts formait une véritable condition suspensive. « La société contractée, dit « Despeisses, sous cette condition, qu'un chacun des associés aura « telle portion en la société que Titius avisera, est nulle, si Ti- « tius vient à décéder avant que d'avoir donné son avis sur les- « dites portions. » Azo, *ad tit. eumd. Pro socio, num.* 12; suivant la loi, *si societatem* 75, ff. *Pro socio*.

« En conséquence, l'un des associés ne pourrait contraindre les autres à accepter le règlement qui, dans le silence de la convention, est établi par la loi elle-même, ni à confier à un autre arbitre le soin de déterminer les parts. J'ai établi que, dans les ventes, jamais il n'est permis de remplacer, contre la volonté des parties, la personne qu'elles ont chargée de fixer le prix. A plus forte raison, il en doit être de même de celle que les associés ont choisie pour régler leurs droits respectifs. L'évaluation d'une chose vendue est une mission infiniment plus facile, que l'appréciation de tout ce qui peut entrer comme élément dans des mises sociales, de tout ce qui peut influer sur l'équitable répartition des bénéfices et des pertes d'une société. Pour fixer le prix d'une vente, il faut sans doute quelquefois des connaissances spéciales; mais presque toujours ces connaissances se trouvent chez plusieurs personnes, et il n'est guère vraisemblable que celle dont l'acheteur et le vendeur ont fait choix, soit seule capable de bien remplir la mission qu'ils lui ont confiée. Au contraire, pour bien juger des rapports qu'il convient d'établir entre des associés, non-seulement il faut estimer à sa juste valeur chacun des objets matériels qui composent leurs mises, mais encore il est nécessaire d'apprécier ce que la société peut espérer de l'intelligence et de l'activité de chacun ; il est indispensable de calculer ce que valent l'habileté personnelle de l'un, les relations de l'autre, la clientèle qui appartient à celui-ci, l'expérience et la bonne renommée de celui-là. On comprend dès lors que souvent l'homme désigné par les contractants est le seul qui soit en mesure de faire entre eux un sage et équitable règlement.

« Il faut donc, lorsqu'il s'agit de ce règlement, encore plus que lorsqu'il est question d'un prix de vente, refuser aux tribunaux le droit de remplacer celui qu'a nommé la convention. » Op. conf. de ROLLAND DE VILLARGUES, *Société*, n° 63.

(9) N° 143.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN disent ici : « Si le tiers refusait ou se trouvait dans l'impossibilité de faire ce règlement, les associés devraient choisir un expert ; et s'ils ne pouvaient s'accorder, il serait nommé par le tribunal de commerce. Ce mode rentrerait mieux dans l'esprit des conventions que l'application des dispositions inflexibles de l'art. 1853 du code civil, ou qu'un partage égal, si les mises n'avaient pas été évaluées ; car, comme le fait observer l'auteur du *Cours de droit commercial*, « une « règle uniforme inflexiblement appliquée à des rapports essen- « tiellement variables, est toujours plus arbitraire que la juste « appréciation des tribunaux, ou que celle d'un homme de bien « éclairé. »

(10) **Add.** *Quid si au lieu d'une personne les parties en ont désigné deux ou plusieurs ?* — DUVERGIER répond, n° 246 :

625 3° (1).

626. Que si les associés étaient convenus de s'en rapporter à un arbitre à désigner plus tard, la société serait soumise à une condition potestative qui l'entacherait de nullité. Je renvoie à mon *Commentaire de la Vente*, où ces questions ont été approfondies (2).

626 2° (3).

626 3° (4).

Art. 1855. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices est nulle.
Il en est de même de toute stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes et effets mis dans le fonds de société par l'un ou plusieurs des associés (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3° PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 927. *On ne peut convenir que la totalité des bénéfices doive appartenir à l'un des associés, sans que l'autre y puisse rien prétendre.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 32. *La convention qui donne à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle* (*a*).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 24. Conf. à l'art. 1855.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CAEN. — Art. 32. Une convention qui exempterait l'un des associés de la perte serait-elle nulle? Cette question, résolue par les Instit., liv. III, titre XXVI, *de societate*, § 2, semble ici indécise. L'art. 30 laisse bien de la latitude sur le partage du bénéfice et de la perte; mais le correctif de l'art. 32 ferait naître des doutes sur la question proposée. Le principe posé est juste en soi. Une société dont les bénéfices vertiraient au profit d'un seul, serait léonine, et,

---

« Au lieu d'une seule personne, les parties pourraient incontestablement en désigner deux ou plusieurs; et il suffirait qu'une seule refusât la mission, ou qu'elle ne pût la remplir, pour que la société fût nulle. »

(1) **Add.** *Le partage entre les deux arbitres entraînerait aussi la nullité de la société.* — DUVERGIER dit, n° 247 : « Le partage entre les deux arbitres aurait le même résultat ; les parties ne seraient point obligées à en nommer d'autres pour remplacer, ou départager les premiers qu'elles avaient choisis. »

(2) Tome I, n° 157. *Contrà* DURANTON, n° 425, DUVERGIER, n° 248.

Add. DURANTON dit : « Il en serait autrement si c'était depuis le contrat que les parties fussent convenues d'un tiers pour fixer les parts ; alors si le tiers ne les fixait pas, par une cause ou par une autre, le contrat de société ne cesserait pas de produire ou d'avoir produit tous ses effets, et les parts resteraient fixées telles qu'elles l'avaient tacitement été dès le principe, c'est-à-dire en proportion des mises de chaque associé.

« Et si les parties avaient simplement dit dans le contrat que les parts seraient fixées par un arbitre qu'elles choisiraient ultérieurement, ou à la dissolution de la société ; si elles ne s'accordaient pas sur le choix, ou si celui qu'elles auraient choisi n'acceptait pas la mission, il y aurait lieu à en faire nommer un par le juge. »

MALEPEYRE et JOURDAIN disent aussi, n° 144 : « Si les associés avaient désigné le tiers qui devait régler les parts pendant tout le cours de la société, et qu'il vînt à décéder avant le commencement des opérations, la principale convention ne pouvant plus recevoir son exécution, la société manquerait par sa base ; le contrat serait considéré comme nul, sauf aux parties à passer un nouveau contrat ou à régler entre elles cette importante condition. »

Voici l'opinion de DUVERGIER, n° 248 : « Si les associés, sans désigner celui d'entre eux ou le tiers qui serait chargé de déterminer les parts, s'étaient seulement réservé de faire plus tard leur choix, le refus de l'un d'eux d'y concourir, ou l'impossibilité de s'entendre à ce sujet, ne ferait point avorter la société. Suivant les principes que j'ai établis dans mon *Traité de la Vente*, les juges pourraient dans ce cas, à défaut des parties, faire la nomination. »

(3) **Add.** *Autre espèce posée par Duranton. Cas où depuis l'association les parties conviennent d'un tiers, qui refuse.* — On lit dans DUVERGIER, n° 249 : « Duranton suppose que des associés, qui n'ont inséré dans le contrat aucune clause relative à la fixation des parts, conviennent ensuite, et dans un acte postérieur, de les faire régler par un tiers qu'ils nomment; il se demande ce qui adviendra, si celui-ci ne veut ou ne peut pas faire l'opération dont il est chargé. Il répond que le contrat ne cessera pas de produire ou d'avoir produit tous ses effets, et que les parts resteront fixées, telles qu'elles l'avaient été tacitement dès le principe ; c'est-à-dire en proportion des mises de chaque associé. Je ne pense pas que cette opinion doive être suivie. La nouvelle convention s'est unie à l'ancienne ; elles n'en forment plus qu'une, dont les effets doivent être appréciés, comme si tout avait été arrêté au même moment et d'un seul jet. Selon Duranton, les parties sont censées avoir dit : Nous ne voulons plus rester soumises pour le règlement des parts à la disposition de la loi, nous confions à un tiers le soin de décider comment les bénéfices et les pertes se répartiront entre nous. Toutefois, si celui-ci ne peut ou ne veut pas prononcer sur ce point, nous entendons nous replacer sous l'empire des dispositions légales qui nous ont d'abord régies. C'est ce retour à l'état primitif qui ne me paraît pas possible, parce que la volonté de l'opérer n'est pas exprimée, qu'elle ne peut se suppléer, et qu'elle n'est pas même vraisemblable. Il est certain que si, dès l'origine, les associés avaient stipulé ce qu'ils ont stipulé plus tard, la société eût été subordonnée à une condition suspensive ; or, l'effet de la convention nouvelle a été de lui imprimer ce caractère ; donc, et à défaut d'accomplissement de la condition, la société doit être réputée n'avoir jamais existé. »

(4) **Add.** *Mode de liquidation des sociétés annulées pour défaut de fixation des parts.* — DUVERGIER dit, n° 250 : « Au surplus, dans ce cas comme dans tous ceux où la société, après avoir reçu son exécution pendant un certain temps, sera anéantie à défaut de fixation des parts, il y aura eu une communauté de fait, dont les conséquences seront réglées suivant les principes ordinaires du droit. »

DELVINCOURT, tome VII in-8°, p. 292, pose et résout ainsi la question : « Mais *quid* s'il y a cependant eu des affaires faites en commun? Doit-on présumer que l'intention des parties a été de s'en rapporter, pour ce cas, à des experts? ou doit-on déterminer les parts, comme si le contrat ne renfermait aucune stipulation à cet égard ? Le second avis serait peut-être plus conforme à la rigueur des principes ; mais le premier me paraît plus conforme à l'équité, et, sous ce rapport, plus applicable à la société, qui est un contrat qui a quelque chose de fraternel. »

DALLOZ, § 4, n° 6, reproduit sans observation ce passage de DELVINCOURT.

comme telle, réprouvée et nulle. Mais ne rangera-t-on pas dans la même classe celle qui exempterait un associé de supporter sa part des pertes?

Cependant, il est des cas où cette stipulation est licite. Qu'un homme soit admis dans une société à cause de son industrie; qu'on lui donne un intérêt, une part dans le bénéfice, une exemption des pertes, s'il y en a; que telle soit la convention, et qu'il en résulte encore un avantage probable pour les simples bailleurs de fonds; pourquoi une pareille stipulation ne serait-elle pas licite? Il est bon que la loi s'explique sur ce cas, afin de ne pas l'abandonner à l'arbitrage des juges.

(*b*) MOTIFS.

THEILHARD, orateur du gouvernement : « Passons actuellement aux engagements des associés, soit entre eux, soit à l'égard des tiers.

« Les associés peuvent insérer dans leur contrat toute clause qui ne blesse ni la loi ni les bonnes mœurs, et la mesure de leurs engagements est celle dont il leur a plu de convenir.

« Nous l'avons déjà dit, la bonne foi est surtout nécessaire dans le contrat de société, et comme toute clause qui tendrait à jeter sur l'un toutes les charges et à gratifier l'autre de tous les bénéfices, se trouverait en opposition manifeste avec la bonne foi et la nature de l'acte, pareille convention serait essentiellement nulle.

« Il faut, pour que l'égalité ne soit pas violée, qu'il y ait entre les associés répartition des charges et des bénéfices : non qu'il soit nécessaire que toutes les mises soient égales ou de même nature, et que la part dans les profits soit la même pour tous, mais il faut que la différence, dans la répartition des bénéfices, s'il en existe une, soit fondée ou sur une mise plus forte, ou sur des risques plus grands, ou sur de plus éminents services, ou, enfin, sur toute autre cause légitime en faveur de celui qui est le plus avantagé. »

Rapport par BOUTTEVILLE : « Si le projet, au surplus, a le soin d'ajouter qu'une convention qui donnerait à l'un des associés tous les profits, et l'affranchirait de toutes les pertes, n'est pas une société, mais l'association si justement proscrite sous le nom de *société léonine*, c'est principalement pour ne pas laisser oublier que jamais la violence, la force ne produisent les véritables droits. »

Discours par GILLET : « La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, serait la société du lion; elle serait nulle. »

Exception que l'article comporte quant à la répartition des parts.

Motifs. — GILLET, orateur du tribunat : « Les pertes sont susceptibles d'un autre calcul. On regarderait, à la vérité, comme une stipulation léonine celle qui affranchirait de toute contribution dans leur charge, les sommes et effets mis au fonds social par un ou plusieurs associés; mais s'il se trouvait quelque associé dont la mise fût uniquement en industrie, il pourrait être convenu de l'exempter des pertes. Cette exemption serait à son égard considérée comme une partie du prix qu'on aurait mis à ses travaux. »

SOURCES.

Leg. 29, §§ 1 et 2; leg. 30, D. *Pro socio*; leg. 3, eod. — POTHIER. *Société*, nos 12, 13, 19, 20, 21, 73.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1727. Conf. à l'art. 1855, C. F.

Sardaigne. — 1878. Id.

Canton de Vaud. — 133. Id.

Haïti. — 1624. Id.

Louisiane. — 2785-2786. Conf. au 2e § du code français.

Hollande. — 1671. Les associés ne peuvent convenir de s'en rapporter à l'un d'eux, ou à un tiers, pour le règlement des parts.

Une telle clause est réputée non écrite, et les dispositions de l'article précédent auront lieu.

1672. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est nulle.

Mais il est permis de stipuler que les pertes seront exclusivement supportées par l'un ou plusieurs des associés.

Bavière. — 6. Dans la société universelle de tous les biens les fruits sont toujours partagés également; dans la société universelle simple ce partage s'effectue en proportion de la part de chaque associé.

Le contrat par lequel l'une des parties jouirait de tous les fruits, ou supporterait toutes les pertes, ne peut valoir qu'à titre de donation.

On peut soumettre les contestations entre les associés à des arbitres; mais sauf l'appel.

Celui qui n'apporte dans la société que son travail, n'a aucun droit sur le fonds; mais seulement sur les fruits.

A moins de conventions expresses, la majorité des voix ne suffit pas pour engager la société; l'unanimité est nécessaire; chaque associé répond pour sa part et portion.

Autriche. — 1195-1196. La société peut assigner à un associé en raison de ses qualités ou des démarches qu'il a faites une part plus considérable dans le gain; mais ces exceptions ne doivent pas dégénérer en privilége illégal : comme si, par exemple, un membre voulait prendre part au gain et ne courir aucun risque, ni pour son capital ni pour ses intérêts.

Prusse. — 245. La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, est une donation entre-vifs et n'est valable que dans les cas où ce contrat est permis.

SOMMAIRE.

627. De la fixation des parts par la convention. L'art. 1855 impose des bornes à la volonté des parties.

628. De la société léonine. Origine de cette dénomination.

629. Il y a deux espèces de sociétés léonines :
   1° Non participation aux bénéfices, avec participation aux pertes;
   2° Concentration de la perte sur un seul, avec participation aux bénéfices.

630. De là, division du commentaire de cet article en deux parties. Importance de cet article.

631. De la première espèce de société léonine.
   L'art. 1855 ne requiert pas une égalité parfaite dans la participation aux bénéfices. Développement de cette proposition. Conclusion que celui qui apporte plus peut prendre moins.

632. Ceci est surtout évident quand la proportion est la même dans les pertes et dans les bénéfices : alors l'inégalité apparente cache une égalité réelle.

633. On peut stipuler aussi que l'un aura deux parts dans les bénéfices et une part dans les pertes. Renvoi au no 611.

634. Objection tirée de l'article 1811, relatif au cheptel, et réponse.
   Objection tirée de l'article 1521, relatif au régime matrimonial en communauté, et réponse.

635. Mais, dans cette attribution inégale des bénéfices et des pertes au même associé, il ne faut pas que le bénéfice soit illusoire; il doit être sérieux.

636. Règle pour calculer les bénéfices.

637. Examen de quelques clauses qui se rencontrent dans les contrats de société.
   Stipulation d'une somme fixe pour tenir lieu de béné-

fices à un associé. Exemple donné par Ulpien. Légitimité d'un tel pacte.

638. Cet assignat de somme fixe serait valable, alors même qu'il serait convenu qu'elle serait payée quand même la société ne ferait pas de bénéfices.

Un associé peut vendre à son coassocié sa part dans l'espérance du gain, moyennant une somme fixe payable à tout événement. Raisons qui soutiennent ce pacte, célèbre chez les canonistes, sous le nom d'*assurance du bénéfice*.

639. Suite.

640. Réponse à une objection.

641. Limitation proposée par Felicius examinée et limitée.

642. De la clause par laquelle l'un des associés prélèvera sur les bénéfices l'intérêt de sa mise. Conseil donné aux bailleurs de fonds relativement à cette clause.

643. De la clause par laquelle un associé a, à son choix, ou une somme fixe annuelle, ou une quote-part dans les bénéfices.

644. La participation aux bénéfices peut être conditionnelle à l'égard d'une des parties, et pure et simple à l'égard de l'autre.

645. On peut même convenir que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés sous une certaine condition; sinon, qu'on partagera également.

646. Ou bien que la totalité des bénéfices appartiendra au survivant.

Discussion à cet égard. Réponse aux objections.

647. De la seconde espèce de sociétés léonines. Affranchissement de toute contribution aux pertes. Toute somme ou tout effet mis dans une société doit contribuer à la perte.

648. Ce principe est-il applicable à celui qui apporte, non une somme ou un effet, mais une industrie? Théorie du droit romain à cet égard. Comment il faut entendre la proposition de S. Sulpicius, Caius, Ulpien, Justinien, que l'industriel peut être affranchi de toute perte.

649. Mais peut-on lui assurer une somme fixe, quelles que soient les pertes sociales?

650. Exemple tiré de l'*implicita* des Italiens. Ce contrat ne peut sans doute se soutenir à titre de société pure, mais il vaut comme contrat de louage d'ouvrage.

651. Du cas où l'assurance d'un traitement fixe n'est considérée que comme partie du prix qu'on aurait mis aux travaux de l'industriel.

652. Des conventions d'exemption qui portent, non plus sur une industrie, mais bien sur une somme ou un effet.

1° Un associé ne peut se rendre assureur envers son coassocié du capital et des bénéfices. Un tel pacte serait aujourd'hui suspect d'usure.

653. 2° Un associé peut-il au moins se rendre assureur envers son coassocié du capital, sauf à celui-ci à courir la chance relativement aux bénéfices?

Ancien droit. En supposant que l'art. 1855 veuille s'en écarter, on peut presque toujours l'y ramener par l'art. 1851, qui permet de stipuler la reprise d'une chose fongible, ou d'une somme d'argent mise dans la société pour la jouissance.

654. Au surplus, cet article ne défend pas une assurance partielle du capital ou des effets mis dans la société.

655. Pourrait-on garantir un associé de toutes les pertes qui iraient au delà de la mise?

656. Ou le dispenser des dettes au delà de sa mise?

657. De la clause de prélèvement de la mise avant partage. Comment elle doit être entendue.

658. La clause qui fait porter la perte entière d'un corps certain sur l'associé qui n'en a apporté que la jouissance, loin d'être contraire à l'art. 1855, est l'expression de la disposition de l'art. 1851.

659. Mais une convention pourrait-elle le décharger en tout ou en partie de la perte, pour la reporter sur l'associé non propriétaire? Examen des arguments pour et contre : solution de la question.

660. Celui qui a apporté la jouissance d'une somme d'argent, peut-il stipuler qu'il la prélèvera, quoi qu'il arrive, et qu'il ne contribuera à la perte en aucune manière?

661. Comment cette clause pourrait dégénérer en prêt et même en usure.

662. La nullité prononcée par notre article entache la société même dans son essence, et non pas seulement le pacte léonin.

COMMENTAIRE.

627. Les articles précédents ont donné des règles précises sur la contribution aux pertes et la participation aux bénéfices, pour le cas où les parties n'ont pas réglé elles-mêmes leur position.

Notre article prévoit maintenant l'hypothèse où les associés veulent fixer, par une convention, leurs droits respectifs. La liberté des contractants, malgré le respect qu'elle mérite, ne pouvait cependant rester sans limites. Il fallait lui assigner des bornes légitimes et protéger la partie la plus faible contre les entreprises de l'homme plus puissant ou plus astucieux. Tel est le but de notre article; en faisant une large part à la liberté, il pose cependant certaines barrières au delà desquelles se trouve l'abus.

628. Il y a longtemps que la force ou la ruse ont inventé une espèce d'association, que l'équité a flétrie sous le nom de société léonine. C'est ainsi que le jurisconsulte Cassius (1) appelait le contrat par lequel, sous couleur d'une société menteuse, l'une des parties s'attribue tous les profits, et laisse à l'autre les soins et les chances de perte : ingénieuse allusion à l'apologue d'Ésope sur le danger des sociétés formées avec un plus puissant que soi (2). Le lion, l'âne et le renard s'étaient associés pour aller à la chasse. Le butin ayant été recueilli, le lion chargea l'âne de faire les parts. Ce dernier, avec sa simplicité proverbiale, forma tout bonnement trois lots; mais le lion indigné lui fit expier sa méprise en le mettant en pièces; puis il ordonna au renard de faire un nouveau partage. Le rusé animal, instruit par le châtiment de son compagnon, donna toute la proie au lion, et ne réserva pour lui que quelques faibles débris. Le lion approuva hautement cette justice distributive, et adressa au renard des éloges sur son habileté à discerner les droits de chacun (3).

Cet apologue met une naïve fiction au service d'une

(1) L. 29, § 2, D. *Pro socio* (ULPIEN). Voy. notre préface.

(2) Fable 38, citée par CONAN, lib. VII, cap. XIII, n° 13; FELICIUS, ch. XVIII, nos 15, 16, 17, etc.

(3) PHÈDRE a fait sur le même sujet une fable pleine de charme, citée par HUBERUS, sur les Instit. *de societate*, p. 331, n° 3 (fable 5, liv. 1).

« Nunquam est fidelis cum potente societas;
« Testatur hæc fabella propositum meum.
« Etc. »

LA FONTAINE, liv. 1, fable 6.

grande vérité juridique ; c'est que la société, dont le but essentiel est l'intérêt commun des parties (article 1855), doit contenir une participation équitable des bénéfices et des pertes ; sans quoi, elle devient le plus inique des contrats : *iniquissimum genus societatis*, disait Ulpien (1).

629. Il y a deux espèces de sociétés léonines.

La première a lieu quand l'un des associés participe aux pertes sans profiter des bénéfices ; c'est celle dont parlaient tout à l'heure Cassius et Ulpien. « In « quâ (je cite les termes énergiques de Stracchа) (2), « unus ex sociis NULLUM SUCCUM *sentit, et damnum* « *sentit.* »

Elle ne cesserait pas d'être léonine parce que l'associé, gratifié de tous les bénéfices, prendrait part dans les soins et pertes. L'attribution exclusive des bénéfices à un associé suffit pour que la société soit inique. Le premier paragraphe de notre article traite de cette espèce de société léonine, qui monopolise les bénéfices en laissant subsister la communication de la perte.

La seconde espèce de société léonine consiste dans une combinaison inverse ; elle a lieu quand on a concentré la perte sur un seul, tout en rendant communes les chances de bénéfices ; c'est de celle-là que s'occupe le deuxième paragraphe de l'art. 1855.

630. Ce double aspect de l'art. 1855 nous donne pour notre travail une division claire et naturelle. Nous traiterons d'abord des sociétés léonines de bénéfices ; et puis, des sociétés léonines de pertes (3).

631. Une société est léonine sous le premier rapport, quand elle donne à l'un des associés la totalité des bénéfices. Cette attribution exclusive à un seul enlève à la société l'une de ses conditions vitales, à savoir, l'espoir d'une participation au gain fait en commun (art. 1832) (4).

Mais ce n'est pas à dire pour cela que l'art. 1855 exige nécessairement un partage égal des bénéfices. Entre une égalité rigoureuse dans le partage, et une privation absolue des bénéfices, il y a différents degrés de participation sur lesquels la volonté des parties peut se fixer à son choix. Le législateur a même voulu laisser à la liberté une grande latitude ; il a senti qu'en la renfermant dans une égalité minutieuse et trop exacte des parts, on pouvait paralyser des accords utiles au commerce et au mouvement des affaires. D'ailleurs les parts fixées par la loi d'une manière abstraite, dans une vue d'égalité, peuvent souvent manquer d'équité, si l'on tient compte de certains faits personnels, de certaines aptitudes, de certaines circonstances de position, sous l'influence desquels s'organise une société (5). La liberté des conventions est donc dans cette matière une chose excellente ; le juge la respectera ; il ne se laissera pas trop facilement aller à cette manie de nos praticiens, de chercher partout des nullités, et de défaire, comme à plaisir, l'ouvrage des parties. Il comprendra enfin que notre article, fait pour le cas exorbitant d'un prélèvement de tous les bénéfices par un seul, ne s'étend pas à d'autres cas qui, bien que ne présentant pas un partage mathématiquement égal des bénéfices (6), laissent place cependant à une participation raisonnable.

Je le répète, la liberté des conventions conserve son empire sur le partage des bénéfices, pourvu qu'elle n'aille pas jusqu'à faire à un des associés la part du lion.

Ainsi, il est permis de ne pas mesurer la part dans les bénéfices sur les parts dans le capital. Tel qui a apporté plus de capitaux peut avoir moins dans les bénéfices, que celui dont la mise est moins considérable (7) ; c'est la décision expresse de Justinien (8).

A la vérité, Ulpien (9) semble exiger que l'associé qui, ayant la mise la plus faible, emporte la plus grosse part, ajoute à cette mise, ou une certaine somme d'industrie, ou d'autres avantages qui tournent au profit de la société (10) ; ce qui revient en définitive à proportionner le droit des associés à leur apport (11). Mais Vinnius a montré combien cette doctrine d'Ulpien se conciliait difficilement avec le texte des Institutes (12). Ce jurisconsulte pense qu'il faut s'en tenir à la décision de Justinien, la seule, du reste, que la pratique ait admise ; c'est aussi le sentiment de Voet (13) ; et Pothier, si scrupuleux sur l'égalité en matière de société, n'hésite pas à enseigner que les mises étant inégales, l'on peut convenir que les parts se feront par moitié (14). Notre article donne à ceci une pleine et évidente confirmation, et je m'étonne que Duvergier ait écrit, sous son empire, que l'iné-

---

(1) L. 29, § 2, D. *Pro socio.*

(2) Decis. rot. gen. 183, n° 4.

(3) **Add.** On lit dans MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 127 (note) : « Aux États-Unis d'Amérique, la société peut être constituée de telle sorte qu'un des membres de l'association n'ait aucun droit au profit, et puisse cependant être tenu envers les tiers des pertes de la société ; ainsi, on admet qu'un homme peut consentir à laisser figurer son nom dans la raison sociale (*in a firm*) sans avoir le droit de participer aux bénéfices, si l'acte contient promesse de la part des autres associés de le garantir. Cette convention ne paraît pas contraire aux principes des associations. L'intervention est alors considérée comme un cautionnement, un office d'ami. (*Lex americana.*)

« Cette convention serait contraire aux dispositions des art. 1855 du code civil, et 21 du code de commerce ; mais rien ne s'opposerait à ce qu'un tiers ou une compagnie se rendît, par acte séparé, caution ou assureur des opérations de la société, soit gratuitement, comme ami, soit moyennant une prime qu'on lui accorderait sur l'ensemble des transactions commerciales. »

(4) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, n° 253, où il dit : « Elle serait également nulle, quoique le même associé fût chargé de supporter toutes les pertes ; non qu'aucun texte le dise formellement, mais alors les autres associés n'auraient aucun intérêt dans la société, et toute société doit être contractée pour l'intérêt commun des parties (code civil, art. 1833). »

(5) PROCULUS, L. 80, D. *Pro socio.*

(6) VOET dit très-bien : « Æqualem et mathematicam propor« tionis æqualitatem inter socios præcisè non exigit societas. » (*Pro socio*, n° 8.)

(7) VOET, *loc. cit.* : « Vi pacti, *plus ex lucro capere potest*, « qui minus contulit, minus lucrari, qui contulit plus. » POTHIER, n° 17.

(8) Instit. *de societate*, § 1 : « Quod si partes expressæ fue« rint, hæc servari debent. Nec enim unquàm dubium fuit quin « valeat conventio si duo, inter se pacti sint, *ut ad unum qui*« *dem duæ partes et damni et lucri pertineant, ad alium ter*« *tia.* »

(9) L. 29, D. *Pro socio.*

(10) DONEAU sur le code *Pro socio*; préface, n° 24 ; NOODT, sur le Digeste *Pro socio.*

(11) DUCAUROY, Inst., t. III, n° 1060.

(12) *Quæst. select.*, lib. I, cap. LIII ; et sur les Inst., § 2, n° 2.

Plus anciennement, ce point avait été l'objet d'une grande discussion entre JOANES et AZON. Le premier avait cherché à mettre d'accord ULPIEN avec les Institutes, en sous-entendant le mot *maximè*, avant *si modo*, etc.

FELICIUS rapporte les opinions diverses et propose des distinctions dans lesquelles je crois inutile de le suivre (cap. XVII, nos 33 à 41).

(13) *Pro socio*, n° 8.

(14) N° 17.

gale répartition des bénéfices n'est admissible qu'à la condition que les apports sont réellement inégaux (1); rien n'est plus inexact. La liberté accordée par notre article dans une juste mesure serait illusoire, si elle devait se renfermer nécessairement dans les limites que la loi a tracées dans l'absence de convention.

632. En elle-même, du reste, notre règle est d'une justice manifeste, toutes les fois que la proportion est la même dans les bénéfices et dans les pertes.

Par exemple :

Il a été convenu que Pierre prendrait deux parts et Paul une seule (2); quoique les apports de l'un et de l'autre soient égaux, cette clause est excellente, car il y a, dans cette inégalité apparente, une égalité réelle. Si, en effet, Pierre prend deux parts dans les bénéfices, il supporte aussi deux parts dans les pertes, tandis que Paul n'en supporte qu'une seule. Cette compensation rétablit l'équilibre (3).

633. Il y a plus de difficulté quand la convention porte que Pierre aura deux parts dans les bénéfices, et ne supportera qu'une part dans les pertes. Le jurisconsulte Q. Mucius trouvait que cette clause était contre la nature de la société (4); et cette opinion paraît admise en Angleterre (5). Pothier est enclin à s'y ranger; car il n'admet l'inégalité entre les bénéfices et les pertes, que dans le cas où celui, qui reçoit l'avantage d'être mieux partagé dans le gain que dans la perte, le compense par son travail (6). Mais Sulpicius fit prévaloir une opinion contraire (7), que je crois meilleure. D'abord, ce pacte n'enlève pas la communication des bénéfices qui est substantielle dans la société (8). De plus, il s'explique très-bien par un mélange de donation qui, dans de certaines limites, ne répugne pas à la société (9). Enfin, il y a telle circonstance où l'adjonction d'un associé est si opportune, qu'elle relève les affaires d'une maison de commerce, et qu'on doive l'acheter par un juste sacrifice (10).

---

(1) N°s 166, 159 et suiv.

Add. Où DUVERGIER dit : « Mais, dans une foule d'occasions, l'estimation des objets qui composent les mises, est une opération délicate et dans laquelle nécessairement se mêle beaucoup d'arbitraire. Si les associés avaient eux-mêmes et directement pris soin de déterminer la valeur de leurs apports, nul n'aurait droit de contrôler leurs calculs et leurs appréciations. Eh bien! lorsqu'ils fixent leurs parts dans les bénéfices d'une manière inégale, ils sont censés avoir reconnu l'inégalité de leurs apports. Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'examen de toutes les considérations, de tous les motifs, de toutes les influences qui ont déterminé les contractants. La solution qu'ils ont donnée à une difficulté, dont certainement ils sont les meilleurs juges, doit être maintenue; et, comme on le voit, ce respect pour la convention se concilie avec le principe que les bénéfices d'une société doivent se distribuer dans la proportion des mises. »

DELEURIE, n° 11077, dit ici : « Mais il faut une proportion équitable entre la mise et le profit de chaque associé; il faut que la différence dans la répartition des bénéfices, s'il en existe une, soit fondée sur une mise plus forte, ou sur des risques plus grands, ou sur de plus éminents services, ou, enfin, sur toute autre cause légitime, en faveur de celui qui est plus avantagé. »

(2) Instit. *de societate*, § 1.

(3) VINNIUS, *Quæst. select.*, lib. I, cap. LIII.

Add. Op. conf. de DURANTON, n° 416.

(4) CAIUS, III, 149.

(5) BLACKSTONE, p. 48.

(6) N°s 19, 20. La cour de Lyon voulait que la convention qui assigne une part des bénéfices différente de la part des pertes, fût nulle (FENET, t. IV, p. 310).

Add. « Cette dérogation au droit commun, dit DUVERGIER, n° 260, d'après POTHIER, n'a paru admissible que lorsque la mise de l'un des associés est plus considérable que celle des autres. »

MALLOZ dit, n° 12 : « Au surplus, la différence dans la répartition des bénéfices, s'il en existe une, doit être fondée ou sur une mise plus forte, ou sur des risques plus grands, ou sur de plus éminents services, ou, enfin, sur toute autre cause légitime en faveur de celui qui est le plus avantagé. »

(7) CAIUS, *loc. cit.*; JUSTINIEN, Instit. *de societate*, § 2.

(8) VINNIUS, *loc. cit.*

(9) VINNIUS, *loc. cit.* Argum. de ce que POTHIER dit lui-même (n° 17).

ULPIEN ne décide rien de contraire dans la loi 5, § 2, D. *Pro socio*; il parle du cas où le contrat est fait *uniquement* pour gratifier.

(10) C'est ce qui faisait dire aux docteurs cités par FELICIUS, cap. XVII, n° 34 : « Ex eo quòd quis *socius sit, offert commodum alteri socio.* » *Infrà*, n° 641.

Add. DURANTON dit, n° 415 : « On ne pourrait pas non plus convenir que l'un des associés aura telle part dans chaque opération qui procurera des bénéfices, et qu'il supportera une part différente dans les opérations qui donneront de la perte. Il n'y a en effet de gain que déduction faite de toute perte, et de perte que déduction faite de tout gain; c'est une règle fondamentale de la matière, exprimée dans la loi 30, ff. à ce titre. »

Abordant l'examen de la difficulté prévue par TROPLONG, il ajoute, n° 422 : « Comme l'observe judicieusement Vinnius, Servius Sulpicius a moins entendu rejeter la décision de Quintus Mucius, que la tempérer. Le sentiment de Mucius serait vrai, dit Vinnius, si la convention dont il s'agit intervenait dans une société où les apports seraient parfaitement égaux, soit en argent ou en industrie, soit par l'industrie de l'un des associés comparée à l'argent mis par l'autre, et c'est probablement, ajoute-t-il, d'un tel cas que Mucius a entendu parler. Mais si, au contraire, les apports sont inégaux, rien ne s'oppose à la validité de la convention, et comme c'est cette circonstance d'apports inégaux que Servius Sulpicius allégua pour justifier sa décision, il y a tout lieu de croire, dit enfin Vinnius, que c'est à ce cas seulement qu'il a entendu l'appliquer, et que, pour le cas contraire, il était du sentiment de Mucius.

« On devrait aussi, sous le code, regarder cette convention comme très-valable, dans le cas supposé par Sulpicius, où celui qui a les deux tiers dans le profit, et qui ne doit néanmoins supporter qu'un tiers de la perte, mettrait dans la société plus que l'autre, soit en biens, soit en industrie ou travail, ou courrait de plus grands dangers dans les opérations de la société. En effet, l'article 1855 ne dit pas qu'une semblable convention est nulle; il dit seulement deux choses : 1° Que la convention qui donnerait la *totalité* des bénéfices à l'un des associés, est nulle; 2° qu'il en est de même de celle qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes et effets mis dans la société par l'un ou plusieurs des associés; or, celle dont il s'agit ne donnerait pas la *totalité* des bénéfices à l'un des associés, et elle n'affranchirait pas non plus de *toute* contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société par l'un des associés. Cet article, par la combinaison de ses deux dispositions, fait donc clairement entendre que les parties ont une certaine latitude pour régler les parts, soit dans le gain, soit dans la perte. L'art. 1853 ne les règle lui-même qu'à défaut de convention, et aucune disposition du code ne dit qu'elles devront être absolument dans la perte comme dans le gain. S'il en était en effet ainsi, toute convention à ce sujet serait superflue, puisque la loi elle-même règle les parts dans la proportion des mises respectives. Le point essentiel est donc que la convention soit faite de bonne foi, et nous n'entendons pas dire seulement par là qu'il faut que l'une des parties n'ait employé aucune manœuvre pour tromper l'autre; nous voulons dire, de plus, que la convention ne doit pas être faite intentionnellement contre l'esprit du contrat de société, pour cacher, sous la forme de ce contrat, ou une société léonine ou une donation au fond; car si cela a eu lieu, si, par exemple, l'un des associés qui n'a pas plus mis que l'autre dans la société, doit avoir les dix-neuf vingtièmes du profit que l'on fera, et ne doit néanmoins supporter qu'un vingtième de la perte, dans le cas où il y en aurait, au lieu de profit, c'est là une société léonine ou une libéralité au fond, et il

634. Il est vrai que, dans le contrat de cheptel, l'art. 1811 défend de donner au preneur une part de bénéfices inférieure à sa part dans les pertes. Mais cette disposition tient à la situation toute spéciale du preneur. Dans la société pour un cheptel, les bénéfices légaux du preneur ont été fixés avec parcimonie (1). Plus pauvre que le bailleur, il devait être défendu contre des stipulations qui, abusant de sa position précaire, tendraient à diminuer ses modiques avantages (2).

Il est vrai encore que l'art. 1521 veut que, dans le régime de la communauté, la part dans les bénéfices soit égale à la part dans les dettes. Mais cette disposition exceptionnelle et exorbitante, comme l'a prouvé Toullier (3), doit être renfermée dans le cas qu'elle prévoit. Dans les sociétés ordinaires, ni l'art. 1811, ni l'art. 1521 ne peuvent servir d'argument. C'est l'art. 1855 qui est la règle générale; et, d'après ses dispositions, toute convention sur le partage des bénéfices est légitime, pourvu qu'elle n'aille pas jusqu'à attribuer tout à l'un, et rien à l'autre; les parties ont là-dessus une liberté que le législateur a respectée, pour ne pas apporter trop d'obstacle à la formation des sociétés (4).

635. Mais il ne faudrait pas abuser de cette latitude; et si l'attribution faite à l'un des associés ne lui laissait qu'une part dérisoire par son exiguïté, on tomberait sous le coup de la prohibition de notre article. Ce serait manquer à la condition du partage des bénéfices; condition essentielle, qui doit être entendue d'une manière sérieuse et qu'on ne saurait éluder par des artifices; il y aurait un abus voisin de la lésion (5), ou une donation entière, incompatible avec la société (6).

636. A cette observation, que les juges doivent toujours avoir présente à la pensée, j'en ajoute une autre qui n'est pas moins importante; c'est que pour calculer les bénéfices et les pertes, dont le partage a été réglé ainsi que je viens de le dire, il ne faut pas s'écarter du principe (général en cette matière) qui veut que l'on fasse une masse de toutes les pertes et qu'on les balance avec la masse des bénéfices; de telle sorte que c'est sur le résultat définitif de cette opération que la division s'effectue (7).

Par exemple, supposons une société dont les bénéfices s'élèvent à 20,000 fr. et les pertes à 40,000 fr.; cette société, malheureuse dans ses travaux, présente donc un déficit de 20,000 fr.; dès lors, partagez ce déficit entre les associés suivant les parts convenues; mais ne dites pas que Pierre, qui doit avoir deux parts dans les bénéfices et une part dans les pertes, prendra les deux tiers de 20,000 francs et ne contribuera aux 40,000 francs de perte que pour un quart. Cette manière de procéder serait vicieuse; elle aggraverait injustement la position de l'autre associé (8).

---

faudrait appliquer ce que nous avons dit plus haut sur le cas de société contractée *animo donandi*; en sorte que les héritiers de celui qui aurait procuré l'avantage, et dont la réserve, en supposant qu'il leur en fût dû une, se trouverait entamée par là, pourraient, à la mort de leur auteur, faire réduire cet avantage, et même le faire annuler entièrement, si le coassocié était incapable de recevoir de leur auteur; et si ce coassocié devenait héritier de l'autre, il serait assujetti au rapport à succession (art. 843 et 854 combinés). »

(1) Mon *Comm. du Louage*, t. III, n° 1127.

(2) Idem, n° 1113.

(3) T. XIII, nos 411, 412.

(4) Pardessus, tome IV, n° 996; Delvincourt, tome III, p. 122, note n° 1; Toullier, tome XIII, n° 411; Duvergier, nos 260 et 266, incline vers le sentiment de Pothier. Je reviens là-dessus, n° 651.

(5) Voet, n° 8.

(6) Ulpien, l. 5, § ult., D. *Pro socio*.

(7) Paul, l. 30, D. *Pro socio*. Ce texte est d'une grande importance. Voy. *infrà*, n° 648.

(8) Delvincourt, t. III, note de la page 122, n° 1; *infrà*, n° 648.

Add. Duvergier ajoute, n° 223 : « Ainsi, en faisant abstraction des stipulations expresses et des intentions présumées, en s'attachant uniquement aux principes, c'est à la fin de la société seulement que doivent se partager les bénéfices. Mais la volonté formellement exprimée par les contractants, la nature des choses formant le fonds social, le caractère et la durée de la société feront souvent fléchir cette règle.

« Il faudra toutefois de puissantes raisons pour s'en écarter, lorsque la part assignée à chaque associé dans les bénéfices sera inférieure ou supérieure à celle qu'il devra supporter dans les pertes; car, je l'ai démontré, le partage unique et les partages périodiquement répétés ont alors des résultats fort différents. Le partage unique devra aussi être maintenu, lorsque l'acte de société autorisera les associés à faire chaque année pour leurs besoins des prélèvements déterminés. Cette clause implique contradiction avec la pensée de partages annuels. »

Voici maintenant comment Duvergier établit, n° 221, que le partage unique et les partages périodiquement répétés ont des résultats fort différents : « Lorsque chaque associé doit prendre dans les bénéfices autant qu'il est obligé de supporter dans les pertes, on obtient le même résultat (du moins quant au chiffre), soit qu'on fasse un partage unique et général à la fin de la société, soit qu'on procède à des partages partiels et périodiques, à l'expiration de chaque année ou de chaque semestre. Mais, lorsque la part dans les bénéfices diffère de la part dans les pertes, il y a un grand intérêt à savoir comment et quand auront lieu les répartitions; car le chiffre ne sera pas le même, selon le mode et l'époque qu'on choisira.

« Je suppose qu'une société formée entre deux associés, pour quatre ans, ait donné 20,000 fr. de bénéfices, la première année; 10,000 fr. de pertes, la seconde; 15,000 fr. de bénéfices, la troisième, et enfin, 9,000 fr. de pertes, le quatrième.

« Si l'un des associés a le quart des bénéfices et des pertes, et l'autre, les trois quarts; soit qu'on fasse un calcul général et définitif comprenant les quatre années, soit qu'on procède à la distribution, à la fin de chacune, on trouve toujours que le premier associé aura 4,000 fr. de bénéfices, et le second 12,000 fr.

« Si, au contraire, la convention donne au premier le quart des bénéfices et l'oblige à supporter le tiers des pertes, tandis qu'elle accorde au second les trois quarts des profits, en mettant les deux tiers des pertes à sa charge, les deux systèmes ne conduisent plus à des résultats identiques. Dans l'un, c'est-à-dire en faisant un partage à la fin de chaque année, le premier associé recevrait en somme seulement 2,418 francs 67 cent.; au lieu de 4,000 qui lui seraient attribués, si l'on formait une masse totale des bénéfices pendant toute la durée de la société, une masse totale des pertes; qu'on déduisît l'une de l'autre, et qu'on calculât les lots sur le résidu.

« Cette différence montre la nécessité d'opter entre les deux procédés. On serait porté à penser, avec les auteurs que j'ai déjà cités, qu'on doit préférer celui qui consiste à faire une répartition unique à la fin de la société. En effet, il est universellement reconnu que le partage des bénéfices et des pertes ne doit pas avoir lieu après chaque opération de la société; tout le monde avoue qu'il faut compenser les mauvais résultats des unes avec les suites heureuses des autres. On le décide ainsi, parce qu'il est évident qu'en parlant des bénéfices et des pertes, les associés ont eu en vue non l'issue particulière de chaque affaire, mais le produit général de toute l'entreprise qui forme l'objet de la société. On sent d'ailleurs combien cela est équitable dans la dernière hypothèse sur laquelle j'ai raisonné; combien il y aurait d'injustice et de déraison à faire supporter à l'un des associés le tiers de toutes les mauvaises chances, en lui donnant seulement le quart dans les bonnes spéculations. Les mêmes motifs s'opposent au partage pé-

637. Après ces explications, nous passerons en revue quelques clauses que l'on a coutume d'apposer dans les contrats de société.

Souvent, au lieu de convenir que l'un des associés prendra le quart, le tiers, etc., des bénéfices, on stipule qu'il prendra une somme fixe (supposons 10,000 francs) et que le surplus appartiendra à l'autre associé. Ulpien donne un exemple de ce pacte dans la loi 52, § 7, D. *Pro socio*. Flavius Victor et Vellicus Asianus avaient fait une société dont l'objet était d'acheter des terrains à bâtir avec des fonds fournis par Victor; d'y élever des constructions par les soins et l'industrie d'Asianus; de les revendre ensuite, de telle sorte que Victor retirât ses fonds avec 10,000 fr. à prendre sur les bénéfices, et que l'excédant tournât au profit d'Asianus. La loi 44, D. *Pro socio*, du même jurisconsulte, contient un pacte à peu près semblable. Ces conventions sont fréquentes dans le commerce et dans toutes les espèces de sociétés (1). L'usage les approuve, et notre article les autorise. L'incertitude, qui règne au moment du contrat sur la masse des bénéfices à venir, ne défend pas d'espérer que l'autre associé aura dans le partage un lot plus avantageux. Il est possible que sa part soit supérieure en définitive à celle de l'associé qui a voulu une part fixe. Il y a là une chance qui met équilibre dans la convention (2).

638. Mais cette assignation d'une somme fixe pourrait-elle avoir lieu avec cette condition aggravante, que la somme devrait être payée encore bien que la société vînt, par malheur, à ne pas faire de bénéfices (3)?

Cette question revient à celle qu'on agitait dans l'ancienne jurisprudence, et qui consistait à savoir si un associé pouvait vendre à son associé sa part dans l'espérance du gain, moyennant une somme fixe payable à son profit et à tout événement. Ce pacte était fort célèbre parmi les théologiens sous le nom d'*assurance du bénéfice*. Notez bien qu'il était sous-entendu que cet associé restait toujours soumis aux pertes qui pouvaient affecter le capital. L'assurance ne portait que sur le gain. Pour soutenir cette convention, on disait, avec raison : L'espérance d'un gain dans une société est quelque chose d'appréciable comme un coup de filet. Pourquoi ne pourrait-on pas la vendre à son associé, comme on pourrait la vendre à un tiers (4)? Cette opinion avait pour elle de graves autorités canoniques, Sylvius, par exemple (5), et l'auteur de la *Dissertation théologique sur l'usure* (6). Elle était subordonnée, je le répète, à la condition que le gain seul fût assuré, et que la participation au risque subsistât quant au capital. Par là les principes essentiels du contrat de société paraissaient exempts d'atteinte.

Je dois dire, toutefois, que les *Conférences sur l'usure* n'étaient pas de cet avis (7). Cette vente, qui assurait un profit certain à l'associé vendeur, leur donnait de graves scrupules sur la légitimité de la

---

riodique par année. Le règlement annuel embrasse, il est vrai, plusieurs opérations; par conséquent, il est un peu moins injuste que celui qui aurait lieu pour chaque opération en particulier; mais il a pour point de départ le même principe : seulement, il en tire des conséquences moins funestes : il fait, pour quelques actes compris dans une certaine période, ce qu'il n'est pas permis de faire pour chaque acte pris isolément. »

(1) FELICIUS, ch. XVII, n°s 1, 5, 6, 21; CHAMPIONNIÈRE, t. III, n° 2755.

(2) FELICIUS, *loc. cit.*, n° 22. « Quia cum lucri quantitas sit « incerta, et possit verisimiliter excedere summam taxatam, ra- « tione incertitudinis, taxatio illicita dici non debet, et non dicitur « excedere modum, cum potentialiter plùs et minùs in eà consi- « derari possunt... et ratione incertitudinis pacta tolerantur, quæ « aliàs non tolerarentur. »

Add. DUVERGIER, n° 263, conteste la généralité de la solution : « Je conçois que celui qui apporte son industrie stipule qu'une somme fixe lui sera payée chaque année, et qu'en outre il aura une part dans les bénéfices. Cette convention, je ne le nie point, peut être quelquefois valable; mais il est des circonstances où elle devrait être annulée. D'ailleurs, en supposant qu'elle soit maintenue, il importe de connaître quel est son véritable caractère, afin de savoir à quelles règles elle est soumise.

« Si le prétendu associé n'a point une autorité égale à celle des autres contractants; s'il est placé sous leurs ordres; s'il doit exécuter, d'après la direction qu'ils lui donnent, certains travaux, et s'il reçoit pour cela un traitement fixe, plus une part dans les bénéfices, un pareil traité est un louage d'ouvrage dont le prix est en partie aléatoire : ce n'est point une association. Le commis intéressé qui n'a rien de fixe, dont tout le salaire est éventuel et consiste dans une portion des bénéfices, n'est pas un associé; à plus forte raison, n'est point associé celui qui, dans la position du commis, a une partie de traitement fixe et assurée.

« Si, au contraire, l'associé qui fournit son industrie est placé au même rang que ses coassociés, s'il a une autorité égale, une puissance semblable à celle des autres contractants sur les biens de la société et sur la direction de ses affaires; alors il faut le reconnaître pour associé; mais il faut, pour prononcer sur la nature et l'étendue de ses droits, examiner avec une attention extrême la clause qui les règle.

« A-t-on stipulé qu'il prélèvera *sur les bénéfices, s'il y en a*, une somme déterminée, il est associé et n'est qu'associé. La convention lui donne une part des profits, peut-être plus considérable qu'aux autres : mais cela est licite. Il est d'ailleurs exposé à perdre sa mise sociale, qui consiste dans son travail; car s'il n'y a pas de bénéfices, il ne recevra rien. Ainsi, aucune atteinte n'est portée à la disposition finale de l'art. 1855, qui déclare nulle la stipulation qui affranchit de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans la société.

« Toutefois, la société serait nulle, s'il était constant en fait que les bénéfices ne s'élèveraient jamais au-dessus de la somme, dont le prélèvement est autorisé, et que la stipulation a pour effet d'attribuer, d'une manière indirecte, la totalité des bénéfices à l'un des associés, contrairement au premier alinéa de l'art. 1855.

« Maintenant supposons qu'on ait accordé à l'un des associés, pour tout droit, une somme fixe et invariable, qu'il n'ait rien à espérer au delà (c'est l'hypothèse de Troplong) : il sera encore nécessaire de distinguer entre le cas où cette somme ne devra être prélevée que sur les gains, et celui où elle sera due, à tout événement, la société n'eût-elle produit aucun bénéfice.

« Dans la première hypothèse, la stipulation serait valable; elle ne ferait que déterminer, d'une manière aléatoire, la part de bénéfices accordée à l'associé; dans le second cas, elle aurait le caractère d'un louage d'ouvrage pur et simple; elle serait incompatible avec l'existence d'une société; car, en assurant à l'associé le prix entier de son industrie, elle affranchirait sa mise de toute contribution aux pertes, contre la prohibition expresse de l'article 1855; ou plutôt elle ferait disparaître toute idée de mise. »

Dans le cas où l'apport de cet associé a consisté en jouissance, DUVERGIER, n° 246, admet la stipulation comme valable : c'est alors, dit-il, une véritable société.

Il admet aussi la validité de cette stipulation, lorsque la mise sociale consiste dans l'apport de la propriété même des choses, n° 265.

(3) Voy. un exemple dans un arrêt de la cour de cassation du 7 septembre 1836 (DALLOZ, XXXVII, 1, 220; SIREY, XXXVII, 1, 550). On reprochait à un sieur Vacheront de s'être assuré 1200 fr., même pour le cas de perte. La cour de cassation déclara ce pacte valable. *Infrà*, n° 643.

(4) POTHIER, *Société*, n° 26.

(5) T. III, p. 539.

(6) P. 220, 221.

(7) T. II, p. 70, 71.

société, dans laquelle elles voulaient que tout fût incertain, afin que les chances restassent égales. C'est aussi ce qu'enseignaient Paul de Castro (1) et d'autres autorités imposantes (2). « Oportet utrumque ponere « sub fortunâ et sub periculo tàm lucrum quàm ca« pitale. » Mais Felicius n'adoptait pas ce raisonnement et combattait cette rigueur (3). Pothier surtout la trouvait exagérée; il ramenait la solution à cette considération dominante, savoir : que l'espérance incertaine des profits peut être appréciée et cédée pour une somme certaine.

Du reste, Pothier pensait que cette convention n'était légitime qu'à la condition qu'elle n'interviendrait pas dans un temps voisin de la constitution de la société, afin qu'on ne pût soupçonner qu'elle était la conséquence d'un pacte secret apposé au contrat afin d'arriver à un prêt à intérêt (4). On le voit, Pothier ne songeait à cette limitation que par crainte d'autoriser, sous le voile de la société, des prêts à intérêts considérés alors comme usuraires par les canonistes et les civilistes.

Mais n'était-ce pas porter trop loin les scrupules? Puisque le capital courait les chances ordinaires de perte, n'y avait-il pas une différence fondamentale entre un tel pacte, et un prêt dont la condition est la restitution nécessaire du capital entier? N'est-ce pas le cas de dire avec Felicius : « In hoc casu, non cadit « mutui species, ex quâ causatur usura, *quia pecunia « stat sub periculo ponentis* (5). »

639. Quoi qu'il en soit, je dis qu'en prenant pour guide l'article 1855 du code civil, il faut décider que la convention en question est valable, soit qu'elle soit postérieure à la société, soit qu'elle lui soit contemporaine. Des deux prohibitions contenues dans cet article, il n'en est aucune à laquelle il soit porté atteinte. On ne peut pas dire que la totalité des bénéfices soit attribuée à l'un des associés, car l'autre reçoit l'équivalent de l'assurance qu'il a donnée par l'espérance de bénéfices plus considérables. S'il y a des bénéfices, il en aura sa part, et la société peut être assez florissante pour que son émolument l'emporte sur celui de son coassocié. On doit croire que les parties ont fait elles-mêmes un calcul des probabilités, et que la certitude d'un moindre gain, donnée à l'un, se compense avec la chance aléatoire de plus grands bénéfices, laissée à l'autre.

On ne peut pas dire non plus que la somme mise dans la société est affranchie de toute contribution aux pertes, puisqu'il est entendu qu'elle les supporte positivement, et que la somme assurée n'est qu'un simple bénéfice et non une assurance de l'apport. Quel est donc le principe violé? A quelle règle de la société porte-t-on atteinte? Par quelle couleur pourrait-on mettre l'assignation d'une somme fixe, ainsi combinée, dans la classe des pactes léonins (6)?

Il suit de là que l'on ne doit pas hésiter à rejeter l'opinion de Rousseaud de Lacombe (7), qui prétend que deux associés qui ont mis une somme égale dans une société ne peuvent convenir que l'un payera à l'autre, chaque année, une certaine somme, quand même on manquerait de gagner et quoique les capitaux respectivement apportés soient soumis aux mêmes risques. Le péril que court le capital empêche qu'il n'y ait prêt; le contrat reste dans les termes d'une vraie société (8), et quand bien même la somme promise excéderait le taux de cinq pour cent, on ne pourrait parler d'usure sans évidente confusion. C'est à quoi Duvergier n'a pas fait, à mon sens, une suffisante attention (9).

640. Cet auteur se demande, en outre, si une

---

(1) *Cons.*, lib. II, cap. LV.

(2) FELICIUS rapporte cette opinion, ch. XVII, n°s 11 et 19.

(3) Ch. XVII, n°s 21, 22.

(4) N° 27.

(5) N° 21.

(6) **Add.** DUVERGIER, n° 272, ne voit pas de distinction à faire suivant que la convention serait contenue dans l'acte social primitif ou dans un contrat postérieur. Examinant ensuite l'opinion de POTHIER il estime, n° 273, que la vente du droit social à l'autre associé amène la dissolution de la société; mais ce n'est pas là l'espèce prévue par TROPLONG. « Si l'un des associés assure contre toute perte la *mise* de l'autre, la réunion des deux conventions, dit DUVERGIER, n° 274, présentera une société nulle : en effet, aucune loi ne défend aux tiers d'assurer des objets mis en société; mais ce qui est permis aux tiers est expressément défendu aux associés entre eux, par la disposition qui ne permet pas de stipuler qu'une mise sociale sera affranchie de toute contribution aux pertes »

Il ajoute, n°s 275 et 276 : « Qu'on remarque cependant que la position des associés peut se présenter avec des nuances différentes. Ou l'assuré donne, à titre de prime, une portion de ses bénéfices, et alors incontestablement il est sûr de retrouver sa mise entière et complète, et la société est nulle. Ou bien, il promet, pour prix de l'assurance, une somme fixe et certaine, sans qu'il puisse se dispenser de la payer, quand bien même il n'aurait aucun bénéfice. On comprend que cette prime ainsi payée ébréchera nécessairement la mise; que celle-ci reste par conséquent exposée à quelques chances de perte. Malgré cela, je crois qu'il faut maintenir la solution. D'une part, cette perte serait ordinairement très-minime; de l'autre, elle ne serait point le résultat des opérations de la société; elle aurait pour cause le contrat d'assurance : il serait donc vrai que les objets apportés à la société seraient affranchis de toute contribution aux pertes sociales.

« Enfin, je reconnais que quelquefois un associé peut valablement se faire assurer par un autre sa part dans les bénéfices, ou la lui vendre moyennant une somme fixe. Cela revient à stipuler que l'un des associés aura une somme déterminée pour tout droit dans la société. J'ai déjà montré que les effets de cette clause varient selon la nature de l'apport; qu'ils ne sont pas les mêmes lorsque l'associé, au profit duquel elle est insérée, apporte son industrie, et lorsqu'il met en société la propriété ou seulement la jouissance des choses qui composent sa mise. Je dois renvoyer à ce que j'ai dit précédemment à cet égard. »

(7) *Société*, II° partie, sect. 2, n° 3.

(8) Sauf l'observation que j'ai faite au n° 639 pour le cas où il y aurait eu certitude qu'il ne pouvait y avoir de bénéfices.

(9) N° 266.

Add. Et surtout n° 263, où DUVERGIER ne donne pas les mêmes raisons de décider; il s'exprime ainsi : « S'il est dit dans le contrat, que l'associé aura droit d'exiger annuellement de la société une somme fixe, *alors même qu'il n'y aurait pas de bénéfices*, les conséquences sont autres que celles que j'indiquais à l'instant. Il est évident que, dans cette hypothèse, l'associé ne donne pas toute son industrie à la société, à un seul et unique titre. Une portion est fournie comme apport social, et donne droit à une portion des bénéfices; l'autre est louée et autorise la perception d'un salaire. Il est impossible de considérer autrement la somme qui est donnée à l'un des associés, lorsque la société n'a réalisé aucun bénéfice. Mais, pour cela, il n'est pas vrai que le contrat soit mi-parti de louage et de société. Il y a deux contrats distincts : le premier est formé entre tous les contractants et crée l'association; le second intervient entre la société représentant tous les associés et agissant comme locataire, d'une part, et l'un des associés procédant en son propre et privé nom, en qualité de locateur de son travail, d'autre part. C'est ainsi qu'on voit dans une foule de sociétés, l'un des intéressés fournir une somme d'argent pour sa mise, et en donner une autre à titre de prêt. Tout cela est licite et valable. »

Supposant le cas où l'apport ne consiste pas en industrie mais en simple jouissance, DUVERGIER dit, n° 264 : « S'il est stipulé que l'associé aura droit d'exiger cette somme, même en l'absence

telle convention ne serait pas vicieuse, indépendamment de toute idée d'usure, par la raison que, les mises étant parfaitement égales, il n'est pas juste que les parts dans les bénéfices soient différentes. Mais cette objection n'est d'aucune valeur sous l'empire du code civil : c'est la théorie de Pothier, reproduite sous la loi nouvelle, qui la condamne. Le code a parfaitement senti que la nécessité de trouver, dans certains cas, un associé était un motif suffisant pour donner quelques avantages à celui qui vient apporter ses capitaux et son industrie, et que, malgré l'égalité des mises, il pouvait y avoir, sans injustice, une inégalité conventionnelle dans la communication des gains : « Ex eo quod quis socius sit, affert commodum « alteri socio (1). »

641. Nous disons donc que l'assurance d'un bénéfice n'a rien d'illégal dans son essence ; que la raison et l'art. 1855 s'accordent pour l'approuver.

Suivant Felicius cependant (2), s'il résultait des circonstances que l'associé qui a pris les chances pour lui a été évidemment trompé, parce que l'opération entreprise ne présentait aucune vraisemblance de bénéfices excédant la somme assurée, la convention serait entachée de nullité ; car il serait évident que tous les bénéfices auraient été attribués à l'un par une couleur trompeuse ; et l'autre aurait été condamné à la part asinine.

On voit que ceci dépend entièrement des faits particuliers soumis à l'appréciation du juge. Cependant je voudrais modifier, par une limitation nécessaire, l'opinion de Felicius.

Sans doute, il y aura toujours nullité, si la partie qui, dans l'espérance d'un plus grand bénéfice éventuel pour elle-même, a fait à l'autre un abandonnement fixe, a été trompée par les manœuvres de celle-ci ; la présence de la fraude dénoue ici avec facilité la question de droit.

Mais si la fraude était absente, je ne voudrais pas que le pacte fût annulé sans que le juge eût examiné préalablement, si la convention ne pourrait trouver un soutien dans un autre contrat ayant affecté les couleurs de la société. Pierre apporte son travail à une société dans laquelle il prend une part comme agent industriel, et il se fait assurer une somme annuelle à tout événement. Quand même on montrerait qu'il était impossible de gagner plus que cette somme, je crois que, dans l'interprétation de la convention, on devrait facilement se ranger du côté d'un louage d'ouvrages, *ut potiùs valeat quàm pereat dispositio* (3).

642. Il est une autre stipulation très-fréquente : c'est que l'un des associés prélèvera, sur les bénéfices, l'intérêt de sa mise, et partagera le surplus des bénéfices dans les proportions convenues. La légalité de cette convention est incontestable (4) ; mais la prudence des bailleurs de fonds devra s'en défier ; il faut bien qu'ils sachent que leurs capitaux ne sont nullement garantis, et que, bien souvent aussi, ce sont ces mêmes capitaux qui sont frauduleusement employés à servir les intérêts promis.

643. Quelquefois on convient que l'un des associés aura, à son choix, ou une somme fixe annuelle, ou une quote-part dans les bénéfices. Un exemple de cette clause se rencontre dans une espèce jugée par la cour de cassation, le 7 décembre 1836 (5). Il avait

---

de tous bénéfices, il y a mise en société de la jouissance d'une partie de la chose, et louage d'une autre partie. Chacun de ces contrats est valable.

« Toutefois, la nature des objets compris dans l'apport social peut faire naître une difficulté. Celui qui, ayant mis dans la société une somme d'argent seulement pour la jouissance, aurait stipulé d'abord le payement d'une somme égale à l'intérêt légal de sa mise, plus une certaine part dans les bénéfices, ne serait pas fondé à réclamer l'exécution de la convention. On lui opposerait qu'elle n'est qu'un prêt usuraire déguisé, comme l'a jugé la cour de cassation, par un arrêt que j'ai précédemment cité. On lui dirait aussi avec raison, qu'il n'y a point d'apport réel, qu'il ne met point dans la société la jouissance d'une somme d'argent, puisqu'il reçoit l'intérêt, quel que soit le succès des affaires sociales.

« Enfin, s'il n'est accordé à l'associé qu'une somme fixe et invariable, il faut examiner si elle est payable sur les bénéfices seulement, ou bien si elle est due dans tous les cas, et même en l'absence de bénéfices.

« La première stipulation serait valable comme société. La seconde constituerait un véritable louage. Assuré par celle-ci de recevoir le prix total de la jouissance de sa chose, l'associé ne mettrait réellement rien en commun, il n'y aurait donc pas de société.

« Ajoutons que la convention serait entachée d'usure, si la somme, ainsi payable à l'associé, à tout événement, et même sans qu'il y eût de bénéfices, excédait l'intérêt légal d'un capital formant sa mise. »

Mais DUVERGIER ne voit aucun doute sur la validité de la stipulation quand c'est la propriété même qui a été mise en société : « L'art. 1855, dit-il, no 265, défend de donner tous les bénéfices à un associé ; ce qui n'exclut pas les stipulations aléatoires qui, accidentellement et dans certains cas, peuvent produire cet effet. »

(1) *Suprà*, no 633.

(2) Et dici potest opinionem CASTRENSIS procedere (quod nullum est pactum) *quando lucrum taxatum non esset verisimile* ; sed non procedere quando est verisimile. Cap. XVII, no 23.

(3) *Infrà*, nos 650, 651.

(4) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, t. III, nos 2755 et 2757.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, no 133.

Jurisprudence. — La stipulation d'une part réglée d'avance et à forfait dans les bénéfices à réaliser d'une société commerciale, indépendamment de l'intérêt légal d'une somme prêtée à cette société, n'est ni illicite ni usuraire.

La somme stipulée à forfait est due alors même que la société, loin de faire des bénéfices, aurait éprouvé des pertes.

En un tel cas, on devrait appliquer l'art. 1855 du code civil qui déclare nulle la stipulation qui affranchiroit de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés (10 mai 1834, Paris, SIREY, XXXIV, 2. 338).

(5) DALLOZ, XXXVII, 1, 219 ; SIREY, XXXVII, 1, 550 ; *suprà*, no 638.

Add. Voici les détails dans lesquels DUVERGIER, no 267, entre à ce sujet : « La cour de Rennes et la cour de cassation ont été récemment appelées à prononcer sur une contestation, dans laquelle il s'agissait d'apprécier quelques-unes des stipulations que je viens d'examiner. Les circonstances de l'affaire rendaient plus difficile l'application des principes : aussi les arrêts, tout en donnant aux questions une solution juridique, n'ont-ils pas énoncé les véritables règles de la matière.

« Un sieur Lebrec avait proposé au sieur Vacheront de former avec lui une société en participation pour la confection de coiffures et d'équipements militaires. Les conditions étaient que le sieur Vacheront serait nourri, couché et blanchi dans la maison, et qu'il recevrait la somme de 1,200 francs par an, ou le quart des bénéfices à son choix ; qu'à la fin de la troisième année, il participerait à la moitié des bénéfices, et qu'à la quatrième année, il signerait pour la maison sous la raison dont on conviendrait.

« Les affaires de la société ont prospéré, et à la fin de la troisième année, le sieur Vacheront a déclaré qu'il optait pour le quart des bénéfices.

« Le sieur Lebrec a alors voulu faire rompre la convention, et voici le système qu'il a présenté. Il a soutenu qu'une proposition alternative avait été faite au sieur Vacheront, savoir : un traite-

été stipulé qu'un sieur Vacheront recevrait la somme de 1,200 fr. par an, ou le quart des bénéfices à son choix. Je ne veux pas rappeler ici les raisons par lesquelles on prétendait enlever à Vacheront le bénéfice de ce pacte : ce sont d'insoutenables sophismes; je me contente de dire que la cour de cassation le déclara

---

ment fixe de 1,200 francs, ou un quart dans les bénéfices; que le sieur Vacheront avait accepté, mais d'une manière vague et sans dire s'il optait pour le traitement fixe, ou pour la portion des bénéfices; qu'ainsi le concours de volontés nécessaire pour former le contrat n'avait jamais existé, puisque l'alternative portait sur l'essence même du contrat; qu'en effet, en supposant que la seconde partie de la proposition fût une offre d'association, la première plaçait le sieur Vacheront dans la position d'un commis et non dans la condition d'un associé; car on ne met rien en commun, lorsque, en donnant son travail et ses soins à une opération, on stipule une somme fixe à laquelle on aura droit, quoi qu'il arrive; qu'ainsi deux contrats bien distincts avaient été proposés, un contrat d'association et un contrat de louage, que dès lors pour qu'il y eût de la part de Vacheront un consentement capable de donner naissance à la société, il aurait fallu qu'il optât expressément pour ce contrat; qu'on ne pouvait prétendre que l'option manifestée après trois années dut avoir un effet rétroactif; que si cette option tardive avait pour effet de constituer une société, ce ne pouvait être que pour l'avenir; que l'art. 1832 définit la société un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice *qui pourra en résulter*; que ces derniers mots indiquent un bénéfice non encore acquis, un bénéfice espéré; que, si les bénéfices sont acquis avant la formation de la société, ils sont la propriété de celui qui les a faits, et l'acte par lequel celui-ci les partage avec un autre est une donation et non une société; qu'en un mot, le consentement réciproque nécessaire à la formation d'une société doit être donné dans la vue d'un bénéfice futur et éventuel, et non dans la vue d'un bénéfice déjà certain et réalisé.

« Qu'au surplus, en supposant qu'il y eût volonté de former une société dès l'origine, et que l'option ne portât que sur le mode de partage des bénéfices, le contrat n'avait pu exister, avant que le sieur Vacheront eût fait connaître sa volonté; que la société ayant pour but la répartition des bénéfices, il est essentiel que les parties soient d'accord sur ce point; qu'il ne suffit pas que l'une d'elles ait la faculté de déterminer les parts, de s'attribuer tous les bénéfices, ou de s'affranchir de toute contribution aux pertes; car une pareille stipulation constituerait une société léonine; que telle était précisément la convention intervenue entre les parties, puisque le sieur Vacheront, sans jamais être exposé à perdre, avait droit à des bénéfices, peut-être à la totalité des bénéfices, et même à une somme de 1,200 francs, quoique la société fût en perte.

« Le sieur Vacheront a répondu : que l'art. 1832 n'interdit point la convention portant que le partage des bénéfices sera ultérieurement fixé, suivant une alternative au choix de l'un des associés; que d'ailleurs, cette stipulation n'a rien de contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public; que l'art. 1855 est sans application à l'espèce; qu'il défend, il est vrai, d'attribuer tous les bénéfices à l'un des associés, ou d'affranchir les choses qu'il a mises dans la société de toute contribution aux pertes; mais que, lorsque l'apport consiste dans l'industrie d'un associé, il concourt aux pertes; il perd sa mise, par cela seul qu'il ne reçoit rien pour son travail; que d'ailleurs, le concours de volontés nécessaire pour la formation du contrat avait évidemment existé dès le premier jour; que la faculté d'opter entre deux moyens de partager les bénéfices avait produit un effet rétroactif, lorsqu'elle avait été exercée; qu'on ne peut dire que si l'option avait été faite *ab initio*, pour la somme annuelle de 1,200 fr., la société aurait été léonine et nulle; car il est permis à l'associé qui fournit son industrie de stipuler qu'une somme fixe lui sera payée, pour lui tenir lieu de sa part dans les bénéfices.

« Telle est l'exacte analyse des arguments qui ont été respectivement présentés, et qui sont au surplus rapportés avec beaucoup d'étendue dans le Recueil de Dalloz.

« La cour de Rennes s'est bornée à reproduire la convention des parties, à dire qu'elle constituait une société en participation, et à déclarer qu'après l'expiration de la troisième année, le sieur Vacheront avait le droit de faire son option.

« Il faut l'avouer, l'arrêt de la cour de cassation ne répond pas mieux aux graves objections présentées par le sieur Lebrec.

« Il reconnaît d'abord, qu'en décidant que la convention avait le caractère d'une société en participation, la cour royale n'avait fait que l'apprécier dans la limite de ses attributions.

« Il ajoute ensuite que : « cette convention ne donnait point à « l'un des associés la totalité des bénéfices et n'affranchissait « aucun d'eux de toute contribution aux pertes : qu'elle laissait « seulement à Vacheront l'option d'une alternative dans le mode « de partage des bénéfices, et que cette condition de l'association « a pu être interprétée par la cour royale, d'après les faits et les « circonstances de la cause, sans qu'il puisse y avoir lieu à la « censure de la cour de cassation. »

« Ainsi, le pourvoi est rejeté, parce que l'arrêt dénoncé ne présente qu'une appréciation des faits, qu'une interprétation des intentions.

« Cette manière d'envisager la décision de la cour royale n'est pas à l'abri de toute critique.

« Le demandeur n'alléguait point qu'on eût effrontément et maladroitement inséré dans le contrat des clauses contenant la violation directe et flagrante de la loi; il savait fort bien qu'on n'avait pas dit expressément que Vacheront aurait la totalité des bénéfices, ou qu'il ne supporterait aucune partie des pertes; il prétendait seulement que, quelque interprétation qu'on donnât aux termes du contrat, même en lui attribuant le sens le plus favorable au système de son adversaire, il en résultait nécessairement que, dans une hypothèse donnée, tous les bénéfices appartiendraient à l'un des associés, et que jamais, dans aucun cas, cet associé n'était exposé à perdre sa mise.

« Il est, en effet, incontestable que, si les bénéfices ne s'étaient élevés chaque année qu'à 1,200 francs, le sieur Vacheront aurait déclaré qu'il optait pour la proposition qui lui accordait cette somme; et alors, il aurait eu tous les bénéfices. Il semble également certain que puisque, dans tous les cas, le sieur Vacheront devait recevoir 1,200 francs, il était sûr de ne jamais perdre son temps et son travail, qui composaient sa mise; et qu'ainsi, cette mise était affranchie de toute contribution aux pertes.

« Cette argumentation n'est point sans quelque force; cependant il n'est pas impossible d'y répondre.

« L'associé, à qui était laissée la faculté d'opter entre 1,200 fr. et le quart des bénéfices, avait, il est vrai, cet avantage de pouvoir choisir, entre deux moyens de prendre part aux bénéfices, le meilleur, et d'être sûr de recevoir, dans tous les cas, une somme fixe. Mais, par cette combinaison, il n'était pas plus favorablement traité que si l'on eût stipulé qu'il recevrait dans tous les cas, et alors même que la société serait en perte, une somme fixe, et qu'en outre, il prendrait dans les bénéfices, s'il y en avait, une portion déterminée. Or, on a vu précédemment qu'une pareille stipulation est valable.

« Supposons, que lorsque le sieur Vacheront a été appelé à faire son choix, les bénéfices annuels ne se fussent pas élevés à 4,800 fr., il aurait opté pour la somme de 1,200 francs, supérieure au quart des bénéfices. Si, au contraire, les profits avaient été supérieurs à 4,800 francs, il en aurait demandé le quart, pour avoir plus de 1,200 francs; ainsi, et dans cette dernière hypothèse les bénéfices étant de 9,600 francs, son lot aurait été de 2,400 francs. Or, on arrivera t au même résultat, si la clause avait accordé 1,200 fr. de prélèvement et une fraction dans le surplus, telle qu'elle procurât une autre somme de 1,200 francs, soit un septième.

« D'ailleurs, dans l'espèce, il n'est pas vrai que l'associé, à qui une somme de 1,200 francs était assurée, se trouvât par là à l'abri de toute perte. Évidemment cette somme n'était pas considérée par les contractants comme l'équivalent exact et complet de son travail, de son industrie, puisqu'on lui réservait en outre la chance de prendre une part dans les bénéfices. En un mot, il était placé précisément dans l'une des hypothèses que j'ai exami-

légitime, et ne vit aucune difficulté à cette alternative dans le mode de partage des bénéfices (1).

644. La participation aux bénéfices peut même être subordonnée à une condition, par rapport à l'un des associés, tandis qu'elle est pure et simple à l'égard de l'autre (2). Ainsi, l'on peut convenir que l'un des associés n'aura part dans les bénéfices, qu'autant que les profits de la société s'élèveront à tant. Un exemple de ce pacte se rencontre dans la loi 44, au D. *Pro socio*, que j'ai analysé *suprà*, numéros 34 à 37.

645. On peut même convenir que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés, sous une certaine condition, par exemple si l'autre associé prédécède sans enfants (3). Ce n'est pas contrevenir à l'art. 1855; si l'événement n'arrive pas, le partage aura lieu; notre article ne condamne que l'exclusion pure et simple, parce que celle-ci seule est léonine et contient une lésion (4).

646. J'approuve aussi la convention qui attribue la totalité des bénéfices ou des parts sociales à celui des deux associés qui survivra. Ici, la réciprocité de la condition fait que, de toute nécessité, les bénéfices iront à l'un ou à l'autre des associés; et, sous ce rapport, il y a une grave différence entre ce cas et le précédent. Néanmoins, il n'y a pas là de pacte léonin: c'est un avantage aléatoire et commutatif. Chaque associé est censé, non avoir donné, mais avoir échangé la part certaine qu'il avait dans la société, contre la chance, qu'il a crue meilleure, d'avoir le tout. Il n'y a là aucune intention de gratifier, aucun abandon préjudiciable. Je le répète: l'article 1855 n'est pas fait contre des pactes empreints de ce caractère commutatif; il proscrit la fraude, mais non des combinaisons aléatoires.

Dans l'ancienne jurisprudence, on n'a jamais douté de la légalité de cette stipulation; l'esprit de famille l'avait rendue fréquente dans les sociétés de frères ou de parents. On la considérait même comme tellement favorable, qu'on lui donnait force obligatoire, alors que la société était de tous biens présents et à venir. Dans ce cas, quoique la convention, qui donnait au survivant la totalité de la société, fût une véritable disposition de succession *in universum jus*, on la maintenait cependant par faveur pour les associations. Il est vrai que les docteurs étrangers, fidèles à la pureté des principes, n'admettaient pas qu'on pût disposer ainsi de sa succession par contrat de société (5). Mais, en France, ce pacte était soutenu par la coutume générale du royaume (6), non-seulement entre époux, mais dans toutes les sociétés universelles, même entre étrangers, pourvu qu'il n'y eût pas d'enfants auxquels on portât préjudice par cette clause. Papon rapporte un arrêt du parlement de Paris du 12 décembre 1562 qui jugea, entre étrangers, que la clause, que le survivant des associés succéderait à l'autre associé décédé sans enfants, aurait son effet, au préjudice d'un testament postérieur (7).

Or si, malgré ce qu'il y avait d'énorme dans de tels pactes de succéder, on faisait cependant une sorte de violence aux principes pour les ratifier, combien, à plus forte raison, paraissaient inattaquables ceux qui ne présentaient pas les mêmes anomalies, ceux qui ne renfermaient ni convention de succéder, ni donation véritable, mais une simple convention aléatoire entre associés!

Sous le code civil, qui n'admet pas les sociétés universelles de biens présents et à venir, cette convention de succéder n'aurait évidemment aucune valeur; mais on s'est demandé si l'article 1855 ne portait pas un empêchement légal à la clause, que le survivant aurait tous les bénéfices, ou toute la société. Chose inexplicable! nous parlons beaucoup aujourd'hui de l'esprit d'association et de la nécessité de le féconder, et ce sont précisément des auteurs amis de cette heureuse tendance de notre époque qui ont proscrit ce pacte, et suscité contre sa validité des objections que l'ancien droit n'avait pas même considérées comme probables!

Duvergier, par exemple (8), y a vu je ne sais combien de difficultés; il le met en hostilité avec l'article 1855, qui ne permet pas, suivant lui, que l'un ou l'autre des associés recueille tous les bénéfices; et nous verrons tout à l'heure que cette proposition n'est

---

nées précédemment, où un contrat de louage se trouve joint à un contrat de société.

« Il faut bien remarquer que, si la faculté d'opter accordée à l'un des associés avait dû être exercée par lui, dès l'origine, son sort aurait été réglé d'avance pour le temps de la durée du contrat; et, selon le choix qui aurait été fait, il y aurait eu société, ou louage d'ouvrages: société, si le choix avait porté sur la part dans les bénéfices; louage, si la préférence avait été donnée à la somme fixe. C'est donc précisément l'option rejetée dans l'avenir, qui a imprimé à la convention le caractère de société. »

(1) **Add.** Op. conf. de DURANTON, n° 411, où il dit: « Supposons aussi qu'un individu ayant une maison, convienne avec un marchand que cette maison servira au commerce du marchand pendant cinq années, par exemple, moyennant quoi, lui propriétaire de la maison, aura le tiers des profits que le marchand fera par chaque année dans son commerce, et que, dans le cas où il n'y en aurait pas, ou qu'il y en aurait pour moins de trois mille francs, le marchand lui payera celle de mille francs par an: cette convention est aussi très verbale; elle est, comme la première, un contrat de louage mélangé de société. Il est bien vrai qu'il semble que c'est une société pure, dans laquelle le propriétaire de la maison a mis la jouissance de cette maison, et que cette jouissance se trouve, par la clause ci-dessus, affranchie de toute contribution aux pertes de la société: ce qui paraît contraire au principe proclamé par notre art. 1855. Mais on répond que le contrat n'est pas un pur contrat de société; il est mélangé de louage, et c'est même le louage qui prédomine; c'est comme si le propriétaire de la maison l'avait louée au marchand pour cinq ans, à mille francs par an, plus le tiers des bénéfices que le marchand ferait dans son commerce au-dessus de trois mille francs chaque année. Le prix du louage, comme celui de la vente peut avoir quelque chose d'indéterminé, de variable. D'après la loi 7, § 2, ff. *de contrah. empt.*, je puis très-bien vous vendre ma maison pour tel prix, et, en outre, pour une portion de ce que vous en retirerez de plus en la revendant. Le cas dont il s'agit ne tombe donc point non plus sous l'application de l'art. 1855. »

(2) POTHIER, n° 15; *suprà*, nos 37, 112.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 136.

(3) ALEXANDRE, *Cons.*, lib. 3, cap. XXXVIII.

(4) **Add.** *Jurisprudence.* — L'art. 1855 du code civil n'est pas applicable au cas où, d'après l'acte, bien qu'il y ait stipulation expresse de répartition des bénéfices, il pourrait se présenter cependant une hypothèse où l'un des associés en absorberait la totalité.

Spécialement, s'il est convenu que la répartition des bénéfices doit être telle que la part du bailleur de fonds ne puisse être moindre d'une somme déterminée qui lui est garantie.

En tous cas l'art. 1855 ne comporte pas une nullité absolue, telle que le contrat ne puisse être validé soit par une exécution, soit par des actes confirmatifs, surtout lorsque l'hypothèse de l'attribution des bénéfices au profit d'un seul, ne s'est pas réalisée (24 novembre 1832, Bruxelles; Jurisp. de la cour, 1833, p. 251).

(5) DURANTON, t. XV, n° 214.

(6) MASUER, *Des associations*, t. XXVIII, n° 26; PAPON, liv. XV, n° 28; BOUVOT, v° *Société*, quest. 13; ROUSSEAUD DE LACOMBE, v° *Société*, part. II, sect. III, n° 21; DESPEISSES, *De la société*, sect. II, § 26; BRILLON, *Société*, n° 22.

(7) Liv. XV, n° 28.

(8) N° 268.

admissible qu'avec des distinctions. Il croit que, dans l'ancien droit, le pacte en question ne se sauvait que parce que la société pouvait comprendre des biens présents et à venir; et cette idée n'a aucun fondement. Nous verrons tout à l'heure des exemples de ces avantages aléatoires, dans des associations de biens présents contractées avant le code civil.

Mais, avant tout, recherchons l'opinion des interprètes du code civil.

Duranton n'a pas traité précisément la question; mais ce qu'il enseigne dans son *Contrat de mariage* (1), sur l'art. 1525, conduit indirectement à la solution de Duvergier.

Delvincourt s'est beaucoup plus rapproché de la vérité; car l'attribution de tous les bénéfices au survivant lui paraît tout à fait légale. Il ne voit là qu'une convention aléatoire, autorisée en contrat de mariage par l'article 1525, et non réprouvée en contrat de société par l'article 1855. Seulement, il ne veut pas que l'on puisse attribuer les mises au survivant; et la raison qu'il en donne est véritablement étrange. C'est que ce serait une donation de biens présents et à venir (2). Mais est-ce que les mises sociales ne sont pas quelque chose d'actuel, de présent, de déterminé? Comment Delvincourt oublie-t-il que la société ne peut comprendre aujourd'hui que des biens présents?

Pour moi, je soutiens que, soit que la convention porte sur les bénéfices, soit qu'elle porte sur les parts, elle est valable (3). C'est un contrat commutatif, une convention entre associés; les tribunaux doivent la sanctionner.

Voici ce qu'on a objecté de plus spécieux contre elle (4) :

Une telle convention, dit-on, exclut l'idée de société; elle enlève au contrat tout caractère social. Quel que soit le prémourant, son décès fait passer au survivant tout l'actif et tout le passif. Rien ne reste commun; rien n'est à partager. Il y a eu collaboration commune, sans doute; mais il ne saurait y avoir partage. Une des conditions essentielles de la société est effacée (5) par l'événement de la condition, qui, comme on le sait, produit un effet rétroactif (art. 1179).

Envisagée sous un autre rapport, cette convention blesse les principes régulateurs du contrat de société. On ne doit pas admettre que l'un ou l'autre des associés ait nécessairement, infailliblement, la totalité des bénéfices (6); l'art. 1855 est explicite.

Je réponds :

La preuve que les parties n'ont pas fait quelque chose qui répugne à la nature de la société, c'est que l'article 1525 du code civil place un tel pacte sous l'égide des principes de la société (7), pour lui enlever, entre époux, le caractère d'avantage prohibé; et, quoi qu'en dise Duranton (8), l'article 1525 a raison de procéder ainsi. Le contrat de société met en œuvre une collaboration commune dans la vue de prendre part à des bénéfices à venir. Or, est-ce que cette perspective n'existe pas ici? Est-ce que chaque associé n'est pas appelé à une participation des produits de la société? Il est vrai que cette participation, qui doit couronner le travail social, est soumise à une condition. Mais aucun texte n'exige qu'elle soit pure et simple; au contraire, la loi 44, D. *Pro socio*, que je citais au n° 644, veut formellement que la participation aux bénéfices puisse dépendre d'une condition; et, dès lors, pourquoi cette condition ne serait-elle pas une condition de survie? Quelle est la loi qui déclare une telle condition plus illicite qu'une autre?

On insiste en disant qu'il n'y a pas de partage, et que même il ne doit y en avoir jamais, puisque tout doit nécessairement aller à l'un ou à l'autre suivant le cas de survie. Mais qu'on se pénètre bien de l'article 1832, qui donne la définition de la société, et l'on verra que l'objection porte à faux. Cet article ne demande pas précisément et taxativement qu'il y ait un partage dans le sens ordinaire de ce mot; il se contente, dans sa large formule, d'une mise en commun, d'une collaboration *dans la vue de partager les bénéfices*, c'est-à-dire, de participer, de prendre part aux profits sociaux. Or, est-ce que cette *vue* n'existe pas dans l'espèce? Est-ce que celui qui peut se dire : « Je suis appelé à tout recueillir si je survis, » n'agit pas dans la vue, dans l'espérance d'un bénéfice (9)? Et quand chaque associé, revêtu d'un droit égal, peut se flatter d'un même espoir, on soutiendra qu'il n'y a pas pour tous la vue d'une participation aux bénéfices? Si l'on avait eu l'article 1832 sous les yeux, on aurait peut-être renoncé à cet argument (10); on n'aurait pas dit que l'article 1525 a parlé un langage inexact.

On ajoute qu'en présence de l'article 1855, il n'est pas possible d'admettre une combinaison dont l'effet infaillible est de tout attribuer à l'un, et rien à l'autre. Mais je demanderai, à mon tour, si l'on croit que l'article 1855 a voulu proscrire autre chose que les sociétés léonines; je demanderai, de plus, si l'on ose aller jusqu'à ranger dans le nombre de ces sociétés illicites et frauduleuses celle dont nous nous occu-

---

(1) T. XV, n° 214.

(2) T. III, n° 125, note 3.

(3) *Junge* MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 134; CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, t. III, n° 2769.

Add. Op. conf. de DALLOZ, ch. I, § 4, n° 13.

MALEPEYRE et JOURDAIN ajoutent cependant, n° 135 : « Toutefois, lors même qu'elles ne comprendraient que des bénéfices, ces conditions seraient soumises aux règles tracées par la loi relativement aux réserves légales et à la disponibilité des biens. Ainsi elles ne pourraient pas entamer les réserves des ascendants ni descendants (code civil, art. 913 et suiv.); elles seraient nulles si elles intervenaient entre personnes respectivement incapables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, et auxquelles il n'est pas permis de s'avantager au préjudice d'autres personnes (code civil, art. 1840).

« Cependant, si les conditions de l'association avaient été réglées par acte authentique, qu'elles fussent à l'abri de tout soupçon de fraude, il faudrait les maintenir, lors même qu'elles présenteraient un léger avantage stipulé dans une société intervenue entre personnes respectivement incapables de se donner ou de recevoir. »

(4) DURANTON, t. XV, n° 214.

(5) *Suprà*, n° 6.

(6) DURANTON, t. XV, n° 114; DUVERGIER, n° 268.

Add. DUVERGIER dit, n° 268, pour combattre cette opinion : « L'argument que fournit cette disposition n'est pas difficile à réfuter. D'abord, l'article contient une exception au droit commun; dès lors, on ne doit pas en étendre l'application. En second lieu, il n'y a point d'analogie entre les positions : la faveur due au mariage peut faire tolérer dans la communauté conjugale des stipulations qu'il n'y a aucune raison d'admettre dans une société ordinaire. Il faut enfin apporter d'autant plus de réserve dans les rapprochements entre l'une et l'autre, qu'elles se composent d'éléments différents et même contraires : la communauté embrasse les biens à venir; la société ne peut comprendre que des biens présents. »

(7) *Entre associés!* dit-il.

(8) *Loc. cit.*

(9) *Suprà*, n° 37.

(10) *Suprà*, n° 17.

pons? Pensons-y bien! Ce qoe la loi a défendu, c'est quo la volonté du plus fort ou du plus astucieux dépouillât le plus faible do la participation espérée. Or, ici ce n'est pas la fraude qui opère, c'est le hasard. Le sort a tourné ses chances contre l'un des associés; mais il aurait pu aussi bien le favoriser au détriment de l'autre. Les probabilités étaient égales de part et d'autre, et la réciprocité a fait disparaître toute injustico (1).

Au aurplus, la pratique a vu plusieurs exemples de telles associations; je ne sache pas quo jamais les tribunaux en aient prononcé l'annulation.

En 1777, les sicor et dame Jusserand achètent un domaine pour eux et le survivant d'entre eux; le mari étant décédé, la femme se mit en possession, et la régie de l'enregistrement prétendit exiger d'elle un droit de mutation pour cause de donation; mais un jugement du tribunal de Lyon, du 7 nivôse an VIII, décida que c'était là un pacte entre associés, et non une libéralité d'un époux à l'autre, et la cour de cassation confirma cetto décision par arrêt de rejet du 14 germinal an IX (2).

Le 11 mars 1821, la demoisello Caroline Dutains, tant en son nom que comme se portant fort pour Clémence et Paméla Dutains, ses deux sœurs, a acheté une maison, moyennant cent mille francs. Ultérieurement, dans un acte passé entre les trois sœurs, il a été convenu que la maison serait d'abord possédée en commun; qu'elle appartiendrait ensuite aux deux survivantes, puis à la dernière. Une délibération de la régie, rendue par application de l'arrêt précédent, le 23 décembro 1823, décide que c'est là un pacte entre associés (3).

Ces exemples, pris de simples communions, sont néanmoins une grande preuve pour des combinaisons qui présentent plus énergiquement le caractère de société. On ne voit pas pourquoi la vraie société ne se prêterait pas à des pactes qui soot reçus sans difficulté dans les communions.

Du reste, ces mêmes exemples répondent aux scrupules do Delvincourt sur la légalité du pacte qui attribuerait au survivant la totalité des mises sociales. On voit que ce sont précisément les mises qui sont l'objet de la convention.

647. Après avoir parlé des conventions relatives aux bénéfices, occopons-nous du second paragraphe de l'art. 1855, qui s'occupe des pactes relatifs aoa pertes, dont les mises et les effets sociaux peuvent se trouver affectés.

Co paragraphe met dans la classe des sociétés léonines celle qui affranchirait de *toute* contribution aux pertes les *sommes ou effets* apportés dans le fonds social par un ou plusieurs des associés. La raison en est palpable.

La communauté est une nécessité du contrat de société; entre ceux qui la composent, il doit donc y avoir communication des pertes (4): si l'un des associés est exposé à perdre, il faut que l'autre coure les mêmes périls.

C'est pourquoi il est de l'essence de la société qu'il y ait participation aox risques: en ôtant cette participation, on détruit la société. Les canonistes se sont appliqués à faire ressortir cette vérité; elle a été leur arme la plus puissante pour bannir l'usure de ce contrat (5). Les civilistes, qui se sont renfermés dans les principes, n'ont pas été moins exacts à la maintenir dans sa sévérité (6).

Voilà donc le principe invariable: toute somme ou effet mis dans une société doit contribuer à la perte. La société, qui affranchirait cette somme ou cet effet de toute contribution aux pertes, serait léonine (7).

Mais pour mettre cette vérité dans toute son évidence, plusieurs distinctions sont nécessaires.

Et d'abord, l'article 1855 s'applique-t-il à celoi qui a apporté à la société, non pas une somme ou des effets, mais son industrie?

De plus, est-il applicablo dans toute sa rigueur à l'associé qui, pour mettre son capital ou sa chose à l'abri de toote contribotion aux pertes, fait à son coassocié un avantage compensatoire et lui abandonne une part plus considérable dans les bénéfices?

En d'aotres termes, l'associé, qui pourrait faire assurer par un tiers son capital ou sa chose, peut-il le faire assurer par son coassocié, moyennant une justo indemnité?

Toutes ces questions sont délicates; elles ont toujours joué un grand rôle dans la société. On ne peut se faire des idées justes sur l'art. 1855 sans les avoir approfondies.

648. Sur la première question, il y a dans le droit romain des textes célèbres.

« La société, dit Ulpien (8), peut être contractée « à condition que l'un des associés ne supporto aucune perto, *nullam partem damni alter sentiat*, « tandis qu'il prendra part aux bénéfices. Cela a lieu « quand l'industrie de l'associé à qui l'on a fait cette « position exige de sa part tant de peines, de soins, « do sacrifices de temps, qu'il y ait justice d'en « faire la compensation avec la perte à redouter pour « la société (9): *si tanti sit opera, quanti damnum* « *est*. Souvent l'industrie procure plus d'avantages à « une société que l'argent.

« Un exemple de cette proposition se rencontre encore dans le cas où l'un des associés est seul chargé « dos voyages do mer et do terre, quand il court seul « les dangers des excursions lointaines. Tel est l'avis « de Cassius et de Sabinus. »

Caius rappello dans ses Institutes (10) et approuve cette doctrine, dont il attribue l'origine à Servius Sulpicius. Justinien la proclame comme certaine (11).

---

(1) *Suprà*, n° 37.

(2) DALLOZ, VII, 77; CHAMPIONNIÈRE, t. III, n° 2502.

(3) CHAMPIONNIÈRE, *Contrôleur de l'enregistrement*, n° 711; autres décisions semblables, *ibid.*, n° 1059, et *Traité des droits d'enregistrement*, nos 2503, 2506.

(4) PAUL, l. 67, D. *Pro socio*: « Cum societas contrahitur, « *tàm lucri quàm damni* communicatio initur. »

(5) *Dissert. théolog. sur l'usure et les trois contrats*, pages 209, 210.

(6) BALDE, s'expliquant sur la clause de retirer le capital intact, dit: *Hoc pactum sapit usurariam conventionem*. Elle est contraire, ajoute-t-il: 1° à la *forme* du contrat de société, car c'est un vrai *mutuum*; 2° à la nature de ce contrat, parce qu'il est exorbitant que l'un puisse retirer ses fonds tandis que l'autre peut les perdre. (Sur la loi 1, C. *Pro socio*, nos 29 et 30.)

(7) **Add.** On lit dans PARDESSUS, n° 997: « De même on peut stipuler qu'après la dissolution de la société, on fera un état de tous les gains et un état de toutes les pertes; et que, si le total des gains excède celui des pertes, un associé prendra sa part dans l'excédant; que, si le total des pertes excède celui des gains, cet associé ne supportera que telle partie des dettes. »

(8) L. 29, § 1, D. *Pro socio*.

(9) VINNIUS, sur ce texte.

(10) III, 149. SERVIUS SULPICIUS cujus prævaluit sententia, adeò ità coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, *ut quis nihil omninò damni præstet, sed lucri partem capiat. Si modo opera ejus tam pretiosa videatur, ut æquum sit eum cum hac pactione in societatem admitti.*

(11) Inst. *de societate*, § 2.

Elle ne saurait, en effet, être contestée; la raison et l'équité l'approuvent; elle est fondée sur l'égalité même qu'elle semble proscrire au premier coup d'œil. Nous avons vu ci-dessus, au numéro 600, la jurisprudence de la rote de Gênes lui donner son imposante sanction dans une espèce où celui des deux associés qui avait apporté son industrie avait stipulé que la perte du capital social lui serait tout à fait étrangère.

Mais, dans la réalité, les jurisconsultes romains ont joué sur les mots quand ils ont dit que la convention en question contient une exemption de la contribution aux pertes. Cette exemption n'est que dans l'écorce des paroles; elle n'est pas dans les choses (1).

En effet, quand les associés viennent à se rendre compte des résultats de l'opération sociale, il est bien entendu que l'un doit, avant tout, calculer les pertes et les déduire de l'actif (2), et que ce n'est qu'à la condition de ce retranchement préalable qu'on parvient à établir la masse des bénéfices à partager. Paul le déclare expressément dans la loi 30 *Pro socio*, et Justinien a reproduit sa décision comme le tempérament nécessaire de l'opinion de Sulpicius (3).

Or, d'après cette base de calcul, il est clair que l'associé qui a fourni son industrie contribue forcément aux pertes (4); car si la société n'a rien gagné, il en sera pour son travail et ses peines; il restera sans récompense. S'il y a des bénéfices à partager, ces bénéfices seront d'autant moindres que les pertes auront été plus fortes.

Par exemple (5), Titius et Seius sont en société pour trafiquer sur l'huile et le vin. Titius doit avoir une part égale à celle de Seius dans le gain, mais il ne doit supporter aucune perte. Supposons que le négoce des huiles donne 200.000 francs de perte et que celui des vins donne 400.000 francs de profit. En ce cas, Titius ne peut pas demander que les 400.000 fr. de profit soient également partagés entre Seius et lui: car c'est alors que la société serait vraiment léonine (6). Mais, avant de partager le gain, il faut déduire les pertes; ce qui étant fait, il ne se trouvera de gain que 200,000 francs à partager en deux (7).

Dans cet état de choses, l'auteur de la *Dissertation théologique sur l'usure* (8) a eu raison de dire que l'associé industriel est toujours censé participer aux pertes, lorsqu'il n'a part qu'au profit qui restera, toutes les pertes deduites. Et dès lors la proposition d'Ulpien, de Caius et de Justinien n'a rien d'effrayant pour la justice distributive: elle rentre dans la règle ordinaire, que la perte est commune (9).

649. Maintenant, faisons un pas de plus et voyons s'il est permis d'assurer à celui qui fournit son industrie une somme fixe, quelles que soient les pertes sociales.

Avant tout, il faut s'entendre sur la position de la question.

Une telle convention peut se présenter dans des circonstances diverses. L'associé peut stipuler, par exemple, que, quoi qu'il arrive, il entend toujours avoir la récompense entière, complète, de son travail, quand bien même il n'y aurait aucun bénéfice; ou bien il peut stipuler qu'une partie de son travail sera salarié par des appointements fixes, et que l'autre partie attendra sa récompense des bénéfices éventuels. Ces deux cas sont fort différents: dans le premier, aucun risque ne pèse sur l'associé; il doit toujours rester indemne. Dans le second, l'associé est soumis à des chances, et s'il n'y a pas de bénéfices, il perd la partie de son travail que ces bénéfices devaient récompenser.

650. La première convention a été examinée par Felicius. Il le condamne par la raison que cet associé a consenti à fournir son industrie dans la vue de faire un gain, et que l'égalité exige qu'il subisse les chances défavorables qui peuvent affliger l'opération (10).

Cette opinion me paraît vraie en un sens. Il est évident qu'une telle convention ne peut se soutenir à titre de société. Mais je pense qu'elle peut valoir comme contrat de louage pur et simple. On en trouve de fréquents exemples dans le commerce maritime. « Les gens de mer, dit Émerigon (11), pour ne pas « s'exposer à voir leurs peines infructueuses, sont « assez dans l'usage de recevoir des pacotilles qu'ils « se chargent de gérer, moyennant un *tant* pour « cent, qui leur est acquis à tout événement, *quand* « *même les pacotilles donneraient de la perte*; c'est « ce que les Italiens appellent *implicita*. »

651. Le second cas est dominé par le même point de vue. Il a été posé par Voet, et cet auteur veut, avec raison, que l'industrie de l'associé puisse être rétribuée par un émolument fixe, venant se joindre aux bénéfices éventuels à espérer (12). Une telle convention lui paraît autorisée par les usages du commerce moderne. Ce sentiment est partagé par Delacombe (13) et par l'auteur de la *Dissertation théologique sur l'usure* (14), dont l'orthodoxie ne saurait être contestée. La raison qu'on en donne, c'est qu'il y a *locatio*

(1) Quo casu postremo, licèt conventio videatur, *primâ specie*, tantùm lucri, non verò damni, communionem inducere, *contrà naturam societatis*; NON TAMEN ITA EST, eo quod, isto in casu, non aliud in lucro esse intelligitur, quàm quod superest, *pensato omni damno*; ac proinde idem ille, *qui* SECUNDUM VERBORUM CORTICEM, a damni onere videri poterat immunis esse, tamen, interveniente hâc lucri cum damno pensatione, *damni quoque communionem* RE IPSA *subit*. (VOET, *Pro socio*, n° 8.)

(2) *Suprà*, n° 636.

(3) § 2, *de societate*.

(4) COVARRUVIAS, t. II, lib. 3, cap. II, concl. 2.

(5) FERRIÈRES, *Trad. des Instit.*, t. V, p. 250.

(6) POTHIER, *Pand.*, t. I, p. 475, n° 3, note 6; sur la loi 29, § 1, D. *Pro socio*.

(7) FERRIÈRES, *loc. cit.*

(8) P. 245.

(9) *Junge* DELAMARRE et LEPOITEVIN, *Contrat de commission*, t. I, n° 39.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 257, où il invoque l'autorité de TOUREAU, liv. II, tit. III, ch. III; de PARDESSUS, n° 997; de DURANTON, n° 419; de DALLOZ, n° 16.

(10) Primus casus est, quando unus socius ponit operas, et alter pecunias, et ponens operas paciscitur *nolle subire periculum suarum operarum*, sed quòd pertinere debeat ad ponentem pecunias; ità quod, *si in fine societatis lucrum non adesset, ipse* SEMPER OPERARUM RECOMPENSATIONEM *ab altero socio recipere intendat*, ne sit in damno ob earum amissionem. Et pactum hujusmodi non valere dico; quia, *cum ex suis operis lucrum percipere intendit*, ità conveniens est, quod earum periculum sustineat. (*De societate*, ch. XVIII, nos 1 et 2.)

(11) *Traité des Assurances*, t. II, p. 399. *Junge* TARGA, ch. XXXIV, XXXV, et CASAREGIS, disc. 29; DELAMARRE et LEPOITEVIN, t. I, n° 39; *suprà*, nos 381, 383, 641.

(12) *Pro socio*, n° 19.

(13) *Jurisp. canonique*, v° *Usure*, sect. XI; *Jurisp. civile*, v° *Société*, part. 2, sect. II, n° 3: il cite les *Conf.* de CONDOM, t. I, conf. 10, sect. I.

(14) P. 248. « La prohibition de faire assurer son capital n'est « applicable qu'au cas où les associés fournissent leur mise en « argent. Mais elle ne s'applique pas au cas où ceux qui fournissent les fonds *assurent une certaine somme fixe* à *celui qui* ne « *fournit que son travail.* »

operarum plutôt qu'une société (1), en ce qui concerne, du moins, la partie des services que paye le traitement fixe. C'est un mélange de ces deux contrats, pour arriver à un résultat licite.

On ne saurait douter de la vérité de cette doctrine. Pour la prouver, commençons par mettre à l'écart le commis intéressé dont nous avons parlé ci-dessus (2); on sait que la position civile qu'il occupe est réglée par le contrat de louage. Mais arrêtons-nous à celui dont le caractère social apparaît avec le plus d'évidence, au commandité, qui dirige un négoce et représente la société à l'égard des tiers.

Or, je dis que, même dans cette situation, la décision de Voet doit être admise.

Les idées d'égalité, qui sont l'attribut de la société, ne doivent pas faire illusion; elles cèdent ici à une considération dont la gravité est frappante : c'est que le commandité tient son droit à un émolument fixe d'un contrat de louage d'ouvrages, lequel vient modifier les principes purs du contrat de société. La société, qui a besoin, pour prospérer, de certains travaux, de certains soins, ne serait-elle pas obligée de rétribuer, par des appointements, l'individu étranger qu'elle emploierait, par voie de louage, comme agent industriel? Et pourquoi, dès lors, lui serait-il défendu de louer de préférence les services d'un des siens, dans lequel elle a pleine confiance? Pourquoi ne pourrait-elle pas lui faire la position qu'elle serait en droit d'assigner à un tiers? Pourquoi le contrat de louage de services serait-il inconciliable avec certains privilèges que le contrat de société assure à celui qui apporte son industrie? Du reste, la société n'en subsistera pas moins sous tous les autres rapports, puisqu'il est bien entendu que le salaire fixe n'est ici qu'un à-compte, qu'une rétribution partielle, qui doit se compléter par les bénéfices à espérer, et que si ces bénéfices viennent à manquer, l'associé éprouvera une perte réelle et ne trouvera dans son traitement qu'une rémunération insuffisante.

Au surplus, les autorités modernes sont ponctuelles en ce sens (3), et s'il y avait quelque reproche à leur adresser, ce serait d'avoir été quelquefois un peu trop loin dans la position favorable qu'elles font à l'industrie. Je n'aime pas, par exemple, que Zachariæ écrive « que l'associé dont la mise consiste uniquement « dans son industrie *peut être affranchi de toute con-* « *tribution aux pertes* (4). » Ce langage manque de précision (5). Gillet, orateur du tribunat, s'est servi d'une formule semblable. Mais les modifications par lesquelles il la restreint le ramènent à la vérité. « S'il « se trouvait, disait-il (6), quelque associé dont la « mise *fût uniquement en industrie*, il pourrait être « convenu de l'*exempter des pertes*. Cette exemption « serait, à son égard, considérée comme UNE PARTIE « DU PRIX qu'on aurait mis à ses travaux. »

Si cette exemption n'équivaut qu'à *une partie du prix*, il est clair que l'associé porte pour le surplus sa part des pertes, et Gillet n'aurait pas du dire, sans explication, qu'il y avait convention de l'en exempter. Son exemple n'est donc nullement contraire à ce que nous disions ci-dessus, que la participation aux risques est de l'essence de la société; car l'associé qui fournit son travail reste toujours soumis aux mauvaises chances pour la partie de son industrie qui doit trouver, au delà *de cette partie du prix*, sa juste récompense. S'il n'y a pas de bénéfices, ce travail est perdu pour lui dans tout ce qui excède les appointements fixes, destinés à rétribuer seulement l'autre partie de ses services.

Au surplus, la sagesse des magistrats cherchera dans les faits les nuances qui, séparant le cas actuel de celui du numéro 650, donnent au premier le caractère de louage pur, et au second le caractère dominant de société.

652. Venons maintenant à notre seconde question : L'art. 1855 est-il applicable au cas où l'exemption de contribution par le capital ou l'effet apporté est le prix d'un abandon à peu près équivalent fait par l'associé qui s'est réservé cet avantage?

Cette question en comprend deux autres.

Un associé peut-il se rendre assureur envers son coassocié du capital apporté par ce dernier et des bénéfices éventuels?

Tout au moins, peut-il se rendre assureur du capital seulement, sans assurer des bénéfices?

La première hypothèse est résolue pour la négative par les auteurs qui ont voulu se tenir dans la pureté des principes. L'affirmative n'a trouvé d'appui que parmi les défenseurs des trois contrats (7).

Il est vrai que l'associé pourrait faire assurer par un tiers son capital et ses bénéfices. Mais cette assurance serait intrinsèque au contrat; elle le laisserait subsister. Au contraire, quand elle est faite par un associé, elle le détruit dans son essence (8); elle efface la communication de perte et de gain qui est substantielle dans le société. C'est ce qui faisait dire aux théologiens : « Natura contractûs est, ut sit partici- « patio lucri et damni : quæ cum omnimodo assecu- « ratione stare nequit (9). » Ces deux assurances du capital et du profit font évidemment qu'il y a autre chose qu'une société (10). C'est (comme dans les trois contrats) un prêt pur et simple sans mélange de société. « *Hæc non est societas*, disait Dominique Soto, *sed vere mutuum* (11). »

Aujourd'hui que le prêt à intérêt est autorisé, la double assurance ne serait, ou qu'un vain et ridicule circuit, si l'on avait entendu faire un prêt légitime, ou qu'un coupable déguisement, si l'on avait voulu se procurer des intérêts usuraires. Comme la ligne droite est toujours celle qu'on prend quand on n'a pas d'arrière-pensée, le juge qui serait saisi de la connaissance d'une telle clause suspecterait, avec raison, une manœuvre usuraire : armé de l'article 1855, il saurait la déjouer.

653. Mais, du moins, et c'est notre seconde hypothèse, l'un des associés pourra-t-il faire assurer par l'autre, moyennant un abandonnement raisonnable (12), son capital entier, sauf à courir les chances sociales pour les bénéfices? J'ai un négoce valant 40.000 fr.; j'y associe François qui m'apporte 40.000 francs, et je stipule qu'il aura les trois quarts des bénéfices au lieu de la moitié, mais qu'il supportera toute la

(1) DELACOMBE, *loc. cit.*

(2) N° 46.

(3) ZACHARIÆ, t. III, p. 57; DELVINCOURT, t. III, p. 225, notes, n° 4; DURANTON, t. XVII, n° 420; DUVERGIER, n°s 262, 263.

(4) *Loc. cit.*

(5) D'autant qu'il n'est pas accompagné des réserves qu'employaient les jurisconsultes romains pour tempérer et expliquer une proposition semblable. (*Suprà*, n° 648.)

(6) FENET, t. XIV, p. 422.

(7) *Suprà*, n° 47.

(8) FELICIUS, ch. XVIII, n°s 4, 5, 6, 7, 8, cite de nombreuses autorités tirées des canonistes et des civilistes.

(9) *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 228.

(10) SAVARY, *parère* 21.

(11) *De justitiâ et jure*, quæst. 6, art. 2. Voy. d'autres autorités dans la *Dissert. théol. sur l'usure*, p. 284 et suiv.

(12) Notez bien cette circonstance!

perte (1) : cette stipulation n'est-elle pas contraire à la volonté précise de l'article 1855?

Plusieurs auteurs modernes estiment que notre article la condamne (2). Elle est sans doute moins exorbitante que la précédente; elle ne ruine pas complètement le principe de la participation aux pertes, puisqu'elle laisse l'associé soumis à toutes les éventualités, pour ce qui concerne les bénéfices. Néanmoins, il a semblé aux auteurs cités que les termes de l'article 1855 la repoussent, parce que le législateur a craint que de telles clauses ne servissent à masquer l'usure et à soutenir de choquantes inégalités.

Reconnaissons-le, toutefois : dans l'ancienne jurisprudence, alors que l'aversion contre l'usure allait jusqu'à l'exagération, on pensait généralement que l'un des associés pouvait, moyennant une juste indemnité, faire assurer sa part dans la société par l'autre associé; en sorte que le premier était déchargé de toute perte sur son capital, moyennant l'abandon qu'il faisait à l'associé assureur d'une part légitime dans le gain à espérer (3). On disait que puisque l'associé assuré aurait pu se prémunir contre le danger des événements en se faisant assurer par un tiers étranger, il pouvait veiller à sa sûreté en donnant à son associé la préférence de l'assurance (4). Grotius (5), Vinnius (6) et Pothier (7) étaient de cet avis : c'est même par les règles du contrat d'assurance que ces auteurs expliquaient l'opinion de Cassius et de Sabinus (8), qui enseignaient que l'un des associés pouvait être déchargé de toute perte en considération des bénéfices que son industrie était de nature à produire à la société. Grotius, Vinnius et Pothier pensaient que cette stipulation renfermait un mélange du contrat d'assurance. Quand l'associé se charge du risque moyennant quelque chose d'équivalent, ce n'est pas autre chose qu'un contrat d'assurance : cet associé devient assureur, l'autre associé est assuré.

Nous devons avouer cependant que l'auteur des *Conférences de Paris sur l'usure* (9), fidèle aux principes sévères qui lui ont si souvent attiré la critique de Pothier, soutenait qu'un associé ne pouvait faire une telle convention avec son associé; que c'était détruire le contrat de société, aller contre son but et son esprit. Mais Pothier le reprenait avec hauteur en lui opposant la loi romaine. J'ajoute que tous les canonistes ne partageaient pas l'opinion de l'auteur des *Conférences*.

Sylvius (10) et l'auteur de la *Dissertation théologique sur l'usure* (11) enseignaient que « l'assurance qui se « fait *seulement* du capital ne détruit pas la société; « car lorsqu'il n'y a que le capital d'assuré, *moyennant un juste prix*, la participation du risque subsiste toujours quant aux bénéfices (12). »

Ce qui, suivant eux, était destructif de la société, c'était l'assurance cumulative du capital et des profits, et cela, soit que cette assurance ait été faite au moment du contrat, soit qu'elle ait été faite successivement (13).

Tel était l'état des opinions dans l'ancienne jurisprudence.

Le projet de code civil rédigé par la commission du gouvernement avait proposé un article (l'art. 31) qui se bornait à frapper de nullité la convention qui donne à l'un la totalité des bénéfices (14); mais il gardait le silence sur l'assurance du capital ou des effets mis dans la société. La cour de Caen ayant présenté quelques observations sur les pactes relatifs aux pertes (15), la rédaction définitive ajouta au projet primitif le paragraphe qui nous occupe en ce moment. Est-ce la consécration de la doctrine de l'auteur des *Conférences de Paris sur l'usure?*

Un premier aperçu mène à l'affirmative; un examen plus réfléchi en éloigne.

Reprenons l'exemple posé au commencement de ce numéro et emprunté à Pothier. Si Pierre, que j'ai associé à mon négoce, prétend se soustraire à la clause par laquelle il s'est chargé de toute la perte, même de la perte de mes 40,000 francs, est-ce que je ne pourrai pas soutenir avec vérité, que la convention équivaut au pacte par lequel un associé met dans le fonds social la simple jouissance d'une somme d'argent, convention autorisée et réglementée par l'art. 1851? Quelle différence y a-t-il entre stipuler qu'on reprendra intacte la somme qu'on a mise dans la société, et stipuler qu'on n'en apporte que la jouissance?

Dans l'ancienne jurisprudence, ou tout au moins dans les principes des théologiens (16), il y en avait une très-sensible; car celui qui ne mettait dans la société que la jouissance de son argent en avait tout le risque, tandis que l'assurance l'en débarrassait. Or, l'on conçoit alors le grand intérêt que l'on pouvait avoir à enlever au pacte d'assurance tout caractère social; car, s'il eût été nul à titre de société, comment se serait-il soutenu? Comme louage d'argent? Les lois canoniques le prohibaient! Comme équivalent à l'apport d'une simple jouissance? Point du tout, puisque cet apport laissait la somme d'argent aux risques de l'associé propriétaire.

Mais, sous le code civil, qui, dans le cas d'apport de la jouissance d'une somme d'argent, met la perte aux risques de la société; sous le code civil qui autorise le prêt à intérêt et le loyer de l'argent, on a peine à comprendre comment des esprits réfléchis ont pu se

(1) Pothier, n° 15.

(2) Delaincourt, t. III, p. 124, notes; Duranton, t. XVII, n° 418; Zachariæ, t. III, p. 56, et ses annotateurs, note 6.

(3) *Suprà*, n° 48.

(4) Pothier, n° 35, *Société*.

(5) *De jure pacis et belli*, lib. 2, cap. XII, n° 24.

(6) Sur les Inst. *de societate*, § 2, n° 4.

(7) N° 25.

(8) L. 29, § 1, D. *Pro socio*.

(9) T. II, p. 72.

(10) T. III, p. 519.

(11) P. 220, 221.

(12) Au premier coup d'œil il semble que de très-graves autorités théologiques étaient contraires à ce sentiment et favorables à celui des *Conférences sur l'usure*. En effet, on lit dans le concile de Milan de 1568 (tit. LXVIII, *de usuris*) : « Ne in societate in « quam alter pecuniam confert, alter operas, fiat pactio ut sors « salva sit, fructus verò communiter dividantur. » L'assemblée du clergé, convoquée à Melun en 1579 (tit. XXXIV, *de usuris*), portait la même défense, appelant ces sortes de contrats *usuram redolentibus*. (*Mém. du clergé*, t. VI, p. 107.) — De même, dans le concile de Bordeaux de 1583, tit. XXXI (Labbe, t. XV, p. 982.) — Et Covarruvias (t. II, lib. III, cap. II, cons. 2) : « Pecuniam « in societatem licitè dari non patest eo pacto, ut accipiens eam, « periculum ejus subeat, sitque salva et integra conferenti; lu- « crum verò ex eo pactum utrique commune. Hoc probatur, quia « contra leges societatis est commodum et lucrum percipere, « damnum verò effugere. »

Mais l'auteur de la *Dissertation théologique sur l'usure* (p. 249) concilie ces autorités, en disant que ces conciles ne parlent pas du cas où l'assurance du capital aurait été achetée par le prix d'une somme réelle; que par conséquent ce cas, le seul qu'envisage Sylvius, n'est pas compris dans la censure.

(13) *Dissert. théol.*, p. 221; bulle de Sixte-Quint de 1586, citée dans ladite *Dissert. théol.*, p. 249.

(14) Fenet, t. II, p. 574.

(15) Fenet, t. III, p. 457.

(16) *Suprà*, n°s 386, 123.

croire arrêtés par l'article 1855; car il est clair que l'article 1851 fera toujours une large brèche à la deuxième partie de l'art. 1855; il est clair que dans le cas d'une somme d'argent mise dans une société avec une clause qui la préservera des pertes, il sera toujours facile de sauver cette clause par l'art. 1851 (1) ou par les règles du prêt à intérêt; la crainte de l'usure, poussée à des scrupules que n'avaient pas eus le timaré et sage Pothier et de zélés défenseurs des lois canoniques, ne fera pas bannir des combinaisons libres, honnêtes, autorisées par des textes précis. Si l'art. 1855, pris isolément, paraît conforme à la rigueur des *Conférences*, l'art. 1851, combiné avec lui, le ramène aux tempéraments de Pothier.

Que si, au lieu d'une somme d'argent, il s'agissait d'un corps certain, autre que ceux dont s'occupe l'article 1851, les tribunaux devraient encore examiner si, sans violer la loi, le pacte qu'on représente comme contraire à l'article 1855 ne pourrait pas se soutenir à titre de louage d'une chose : « In contractibus non attenditur quid dictum fuerit, sed quid actum. » Je traiterai tout à l'heure de certains cas qui précisent cette idée (2). Je ne fais que l'indiquer ici à la loyauté des parties et des magistrats. Il ne s'agit pas, du reste, d'enseigner l'art coupable d'éluder une prohibition par des artifices. Nous rechercherons sincèrement, si une chose permise ne se cacherait pas sous les dehors trompeurs d'une chose défendue.

654. Nous terminerons par une réflexion.

Autrefois, les jurisconsultes protestants, qui ne croyaient pas à la défense du prêt à intérêt, considéraient comme de vaines disputes tout ce que les jurisconsultes orthodoxes avaient écrit sur la prohibition de sauver le capital tout en en tirant un profit (3). C'est qu'aux yeux des premiers, les principes du prêt à intérêt rendaient inutiles des théories qui, bien qu'ayant quelque valeur au point de vue de la société pure, étaient dépourvues de solidité au point de vue du loyer de l'argent. A cette époque, cette manière de voir était une hardiesse : aujourd'hui, elle rentre nécessairement dans l'esprit d'une législation qui, par un heureux accord du for intérieur et du for extérieur, permet le loyer de l'argent dans de justes limites.

Ce qu'il y a de certain, du reste, c'est que, quelles que soient les idées qu'on se fasse sur la portée du deuxième paragraphe de l'art. 1855, il est évident que cette disposition n'atteint pas la simple restriction de la participation légale aux pertes.

655. Ainsi, tout le monde convient que rien n'empêche de garantir l'un des associés de toutes les pertes qui iraient au delà de sa mise (4).

656. Ainsi, encore, rien ne ressemble moins à un pacte léonin que celui qui consiste à exempter un associé de la contribution aux dettes au delà de sa mise (5). Cette convention est très-licite et très-usuelle; elle est de droit commun dans la commandite.

657. Enfin, il arrive tous les jours que l'on stipule que l'un des associés prélèvera sa mise avant partage; et cette clause est excellente. Les circonstances, du reste, peuvent influer sur sa portée. Tantôt elle pourra signifier que le retrait n'aura lieu qu'autant que la société n'a pas éprouvé de pertes; mais que s'il y a des pertes, elle y contribuera. Tantôt elle pourra signifier que le retrait aura lieu à tout événement; mais alors on rentre dans le cas où la mise n'est que de la simple jouissance (6).

658. Et j'ai besoin de revenir sur ce dernier point, afin que l'on n'aille pas chercher dans l'art. 1855 des fantômes qui troublent l'esprit.

D'abord, toutes les fois qu'il s'agira de l'application du deuxième paragraphe de cet article, on examinera préalablement si la somme ou l'effet affranchis ont été réellement mis dans la société, ou bien si l'on n'a entendu en apporter à la société que la simple jouissance. Ceci est très-important, non-seulement sous le rapport que nous touchions au n° 653, mais encore sous un autre point de vue.

Supposons, en effet, que la mise d'un associé ne consiste que dans la jouissance d'un corps certain non fongible, non destiné à être vendu, non estimé (7) : il est évident que la perte de cette chose doit peser exclusivement sur lui, d'après la règle *Res perit domino* (8); et le pacte qui déclarerait l'autre associé dispensé de contribuer à cette perte, loin de violer l'article 1855, serait d'accord avec son esprit : on rentrerait dans la stricte application de l'art. 1851.

659. Mais quel serait le sort d'une convention qui, renversant la responsabilité légale, la porterait en tout ou en partie sur l'associé non propriétaire? Pourrait-on stipuler, par un acte exprès, que cet associé supportera la perte totale ou partielle de la chose, dont la jouissance seule a été mise dans la société?

On sait que la règle *Res perit domino* n'est pas infaillible. Un propriétaire peut se décharger du risque de sa chose sur quelqu'un à qui il fait un avantage (9). Nous avons déjà vu un exemple de cette combinaison dans la société de bestiaux. L'art. 1818 du code civil (10), prenant en considération certains avantages dont jouit le cheptelier, met à sa charge la moitié de la perte partielle supportée par le capital, quoique l'usage seul des bestiaux soit mis dans la société par le propriétaire.

L'argument qu'offre cet article est décisif sur notre question. Il est évident que la convention pourra toujours réaliser, entre associés, une situation qui est de droit dans le contrat de cheptel. Il suffira, pour l'équité de ce pacte, que l'associé non propriétaire recueille quelque avantage de nature à compenser la portion du risque dont il décharge le propriétaire.

Mais, remarquons-le bien, l'art. 1810 ne met à la charge du preneur que la moitié de la perte partielle, et l'art. 1811 considère comme illicite le pacte qui chargerait le cheptelier de la totalité de la perte (11). L'ancien droit proclamait aussi l'injustice d'une telle convention (12).

---

(1) *Suprà*, n° 586.

(2) *Infrà*, n° 659.

(3) Voy. l'annot. hollandaise de FELICIUS, ch. XVI et XVII.

(4) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 131.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 256; de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 132; de PARDESSUS, n° 997.

(5) DURANTON, t. XVII, n° 419; DUVERGIER, n° 256; ZACHARIÆ, t. III, p. 57.

(6) **Add.** Op. conf. de DALLOZ, n° 14, où il dit : « Nous pensons même, contrairement à l'opinion de PARDESSUS, n° 998, que rien ne s'opposerait à ce qu'il fût stipulé que l'un des associés retirerait, à la dissolution de la société, les capitaux qu'il a apportés avec une part quelconque dans les gains, s'il y en a, et, dans le cas contraire, sans déduction pour les pertes. Cette clause est identique à celle par laquelle cet associé aurait déclaré ne mettre en société que la jouissance ou l'intérêt des objets qu'il y apporte. »

(7) Voy. l'art. 1851.

(8) *Suprà*, n° 561; CHAMPIONNIÈRE, t. III, n° 1756.

(9) Mon *Comm. du Louage*, t. III, n° 1097.

(10) *Loc. cit.*

(11) Mon *Comm. du Louage*, t. III, n° 1114.

(12) POTHIER; COQUILLE; cout. de Berry; rappelés *loc. cit.* Voy. aussi mon *Commentaire du Louage*, n° 1121.

Ceci posé, on demande si, dans le contrat de société ordinaire, on pourrait faire ce que défend le contrat de cheptel, et si l'associé propriétaire pourrait, moyennant un raisonnable abandon, s'exonérer sur son coassocié de la perte totale de la chose dont il n'a mis que la jouissance en société?

Exemple : Pierre est propriétaire de métiers à tisser; François, qui n'a pas le moyen d'en acheter, s'associe avec lui pour qu'il mette en commun l'usage de trois de ces métiers. Il est convenu que Pierre aura le tiers des bénéfices et que François en aura les deux tiers; mais que ce dernier supportera la perte partielle ou totale de ces métiers. C'est ce dernier pacte, dont il s'agit d'apprécier la légalité.

Autre exemple : Titius est propriétaire d'un moulin à huile, et Sempronius d'un cheval. Ces deux individus font une société pour l'exploitation de cette usine; Titius fournit l'usage de l'usine et son industrie, Sempronius apporte l'usage de son cheval. Il est convenu que ce dernier n'aura que le quart des bénéfices, mais que le cheval sera aux risques de Titius. Ce dernier pacte doit-il avoir la sanction des tribunaux?

Je le pense.

Lorsqu'une convention se manifeste sous deux faces, il est de règle que l'interprétation doit s'arrêter à celle qui présente un sens valable. Or, dans l'espèce, à travers tout ce que les parties ont pu dire de la société qu'elles ont formée, on aperçoit le mélange d'un contrat de louage, avec les spécialités qui lui sont propres, avec les clauses qu'il approuve. Sempronius, propriétaire du cheval, a agi comme tous ceux qui louent des bêtes de somme à la charge que le locataire supportera la force majeure. On sait que dans le louage rien n'empêche de mettre la perte totale à la charge de celui qui n'est pas propriétaire. L'article 1825 en offre un exemple frappant (1). Les principes du louage sauveront donc la convention. Sempronius est plutôt un locateur qu'un associé; il n'a fait que louer son cheval, moyennant un prix qui, au lieu d'être fixe, comme cela se pratique d'ordinaire, consiste dans une part dans des bénéfices éventuels.

Et ce que je dis du propriétaire du cheval, je l'applique avec un moins d'à-propos au propriétaire des métiers.

Quant à l'argument que fournit l'article 1811, il ne faut pas s'en préoccuper. Cet article a été fait pour protéger la chétive industrie des chepteliers : et, du reste, ce n'est pas sans peine que l'ancienne jurisprudence était arrivée à consacrer la doctrine dont il est l'expression (2). Il ne doit donc pas être étendu à d'autres cas moins favorables et que la loi a laissés au règlement libre des conventions privées. N'oublions pas d'ailleurs que, dans les deux espèces que j'ai examinées, le propriétaire a une part de bénéfices moindre que l'autre associé. Cette inégalité, évidemment calculée pour dédommager ce dernier du risque dont il décharge le propriétaire, ne laisse-t-elle pas à la convention le relief d'équité et de probité qui commande le respect du juge?

Ces raisons me paraissent frappantes, et c'est pleinement de ce côté que se porte mon opinion.

660. Voyons maintenant le cas où la mise consiste, non dans la jouissance d'un corps certain, mais dans la jouissance d'une somme d'argent. Il est inutile de dire que l'associé propriétaire de cette somme pourra valablement stipuler qu'il la retirera entière (3); car c'est là son droit, tel que l'article 1851 le consacre de la manière la plus expresse (4); et ce prélèvement a lieu, quels que soient les événements et quand bien même la société serait en perte (5).

Mais, comme nous l'avons dit ci-dessus (6), l'associé propriétaire de cette somme doit, en thèse ordinaire, contribuer comme associé au retrait qu'il opère comme créancier. De là la question de savoir si, par une convention expresse, il lui est permis de se dégager de cette contribution, et de rester affranchi de la perte quoi qu'il arrive.

L'affirmative me paraît certaine.

En effet, ce qui constitue la mise de cet associé, c'est, suivant Puffendorf et Pothier, le profit de l'argent (7), et ce profit reste soumis aux chances de pertes qui viennent affliger la société; car l'associé peut ne rien retirer des intérêts de ses fonds. L'art. 1855, qui veut que la mise ne soit jamais affranchie, est donc respecté.

661. Mais remarquez que si l'associé, qui apporte la seule jouissance d'un capital, stipulait, en outre, que l'intérêt de son argent lui serait assuré, ce serait un prêt pur et simple; tout élément social disparaîtrait.

Remarquez, en outre, que si, indépendamment d'un intérêt à 5 ou 6 p. %, il stipulait qu'il prendrait part, en sus, dans les bénéfices, ce serait une usure manifeste, ainsi que l'a jugé la cour de cassation par arrêt du 17 avril 1837 (8).

662. Reste à savoir maintenant comment opère la nullité prononcée par l'art. 1855? Cette nullité fait-elle tomber la société même, ou seulement la convention entachée d'un caractère léonin?

Les opinions sont diverses à cet égard. Delvincourt veut que la nullité de la clause contraire à l'art. 1855 n'entraîne pas la nullité de la société (9); au contraire, Duranton (10), Duvergier (11) et le recueil de Dalloz (12) soutiennent que c'est le contrat même de société, qui est entaché de nullité et vicie dans son essence.

La doctrine que nous avons exposée au n° 276 nous

(1) *Junge* art. 1773, 1774, et mon *Comm. du Louage*, t. II, n°s 755, 756, 759, et t. III, n° 1236.

(2) Voy. mon *Comm. du Louage*, t. III, n° 1161, et les aveux de COQUILLE.

(3) DELVINCOURT, t. III, p. 224, note 5.

(4) *Suprà*, n°s 536, 587.

(5) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 130; DUVERGIER, n° 264.

(6) N°s 586, 611, 612.

(7) *Suprà*, n° 616.

(8) DALLOZ, XXXVII, 1, 303; SIREY, XXXVII, 1, 275.

Add. Une action dans une entreprise commerciale, a pu, d'après les circonstances, être déclarée n'être point une action sociale, mais seulement un acte de prêt de la part de l'actionnaire; et, par suite, le porteur a pu être déclaré n'être point passible des pertes éprouvées par l'entreprise (code civil, 1853; code de commerce, 34). (10 mai 1837. Req. Municipalité de Saint-Pierre, DALLOZ, XXXVII, 1, 338.)

(9) T. III, p. 223. *Junge* les annotateurs de ZACHARIÆ, t. III, p. 56, note 7.

(10) T. XVII, n° 422.

(11) N°s 277 et 103.

(12) Voy. *Société*, p. 92, n° 10.

Add. DALLOZ invoque à l'appui de son opinion les discours de BOUTTEVILLE et TREILHARD. Voir ci-dessus, p. 250.

Junge MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 128. **Add.** Où ils disent : « Vouloir substituer à un pareil acte un contrat de société qui, contre leurs stipulations et peut-être leur intérêt, serait réglé par les dispositions de l'art. 1853, c'est vouloir despotiquement constituer une société sur des bases qui n'ont pas été convenues, substituer l'arbitraire à la volonté formelle des contractants, et oublier tout à fait que ce contrat repose essentiellement sur le consentement libre et réciproque. »

conduit à l'adoption de cette dernière opinion ; je la corrobore du texte de la loi 29, § 2, ff. *Pro socio*, dans laquelle Ulpien enseigne que c'est la société même qui est affectée dans son essence par le pacte léonin : « *Societatem coire non posse!* et nos consentimus *talem societatem nullam* esse. »

Art. 1856. L'associé chargé de l'administration par une clause spéciale du contrat de société, peut faire, nonobstant l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude.

Ce pouvoir ne peut être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure ; mais s'il n'a été donné que par acte postérieur au contrat de société, il est révocable comme un simple mandat (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 933. *Le pouvoir d'administrer est déterminé par l'acte d'association. Il comprend toutes les affaires de la société, s'il n'en est autrement convenu.*

Il ne peut être révoqué tant que la société dure.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 33. *L'associé chargé de l'administration par le contrat de société, peut faire, contre le gré et malgré l'opposition des autres associés, tous les actes qui dépendent de son administration, pourvu que ce soit sans fraude et pour le bien de la société.*

Ce pouvoir ne peut être révoqué tant que la société dure, sans cause légitime.

Si le pouvoir d'administrer est postérieur au contrat de société, c'est un simple mandat susceptible de révocation (*a*).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 25. Conf. à l'art. 1856.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. D'ORLÉANS. — Art. 33 (3e alinéa). En principe général, le mandataire dans l'affaire qui l'intéresse personnellement, n'est pas révocable *ad nutum*. C'est ce principe qui fonde la décision du deuxième alinéa ; or, le cas du troisième alinéa est le même. Ce principe y est également applicable.

Pourquoi, en effet, les associés ne pourraient-ils pas, par une convention particulière au contrat de société, en changer les conditions ? Pourquoi le mandat qu'il donnerait à l'un d'eux après que l'expérience les aurait convaincus que l'intérêt commun l'exigerait, serait-il plutôt révocable que s'il eût été donné par l'acte même de société, puisque le mandataire est toujours *procurator in rem suam* ? C'est encore là une de ces distinctions trop subtiles peut-être pour paraître bien solides.

(*b*) MOTIFS.

Rapport par BOUTTEVILLE : « Quant à l'administration du fonds social, comment la sagesse du législateur peut et doit-elle intervenir sur ce point ? D'abord par la sage précaution d'avertir ici, comme sur toute espèce de conventions, des inconvénients que le silence des contractants ne manque jamais d'entraîner, en cherchant ensuite à prévoir les clauses les plus usitées, enfin à suppléer par des règles générales aux lois que les intéressés ont toujours le droit et souvent seuls le moyen, mais que trop souvent aussi ils négligent de se dicter.

« Les dispositions du projet ne peuvent donc avoir trait qu'au cas où les parties ont eu et à celui où elles n'ont pas eu le soin de s'expliquer sur l'administration du fonds social.

« Si, par le contrat même de société, les associés chargent de l'administration l'un d'entre eux, la loi présume que cette marque honorable de confiance a été ou au moins a pu être pour lui le motif de son association. Ce pouvoir est irrévocable, sans cause légitime, pendant toute la durée de la société.

« Si le pouvoir est postérieur au contrat, c'est un mandat ordinaire, révocable comme tout autre.

« Si l'administration est confiée à plusieurs, et qu'il n'en soit pas assigné à chacun une partie déterminée, ni stipulé que l'un d'eux ne pourra agir sans l'autre, les actes d'administration séparément faits par chacun, seront réguliers, efficaces et légitimes.

« Si cette défense d'agir l'un sans l'autre est contenue au contrat, et que l'un des associés, appelé à l'administration, se trouve dans l'impossibilité d'y concourir, le pouvoir des autres est suspendu, et ils ne peuvent continuer l'administration sans une autorisation nouvelle de la société.

« Si le contrat de société se tait au contraire sur l'administration, la faculté et le devoir pour chaque associé d'y concourir, le droit d'user des choses communes, sans nuire à la société ni aux coassociés, l'obligation de contribuer aux dépenses nécessaires pour la conservation de ces choses, la défense d'innover à l'état des immeubles, même sous le prétexte d'amélioration, telles ont paru les conséquences naturelles et nécessaires du silence des contractants.

« Il faut, sur l'administration, observer encore que si la société l'a confiée à quelques-uns de ses membres, l'associé qui n'est pas de ce nombre ne peut ni engager ni aliéner les choses même mobilières appartenant à la société, et qu'enfin le principe de l'association étant qu'elle ne peut être formée que par la volonté, le choix, la confiance réciproque des parties, aucun des associés ne peut, contre le gré ou même sans l'aveu de la société, y faire entrer un associé nouveau, et que les administrateurs eux-mêmes, auxquels on n'en a pas expressément donné le pouvoir, sont comme les autres soumis à cette règle fondamentale. »

SOURCES.

Leg. 65, D. *Pro socio*. — POTHIER. *Société*, nos 66, 71, 67, 68, 69.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1728. Conf. à l'art. 1856, C. F.
Louisiane. — 2838. Id.
Sardaigne. — 1879. Id.
Canton de Vaud. — 1332. Id.
Hollande. — 1673. Id.
Haïti. — 1625. Id.

Bavière. — 11. S'il y a un gérant, tous les autres sociétaires répondent solidairement de ses faits.
Prusse. — 210. Les administrateurs sont considérés entre eux comme des mandataires.
Voy. art. 1862.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

663. L'art. 1856 ouvre la série des articles qui traitent de *l'administration de la société*.

Cette matière se subdivise en deux parties. La première comprend le cas où le contrat de société a pourvu à l'administration sociale. Le législateur fixe la position légale de l'administrateur, et donne les règles qui doivent diriger sa conduite dans l'absence de toute convention spéciale à cet égard. La seconde s'occupe du cas où le contrat de société n'a point créé d'administrateurs. La loi avise aux moyens d'assurer à la société son action intérieure et extérieure. Elle fait un appel aux efforts de tous les sociétés, et s'autorise de l'égalité qui est dans la nature de leurs droits pour exiger d'eux égalité de dévouement aux intérêts sociaux.

664. Quand une société se compose d'un person-

nel nombreux, il est rare que le contrat qui la constitue ne centralise pas l'administration, et ne donne pas à l'association un ou plusieurs chefs ; car, dans l'ordre civil comme dans l'ordre politique, aussitôt qu'une agrégation d'hommes excède certaines dimensions, le pouvoir ne saurait rester disséminé, et une autorité supérieure est indispensable pour lier et concentrer sous une direction unitaire des forces qui se nuiraient dans une action isolée. Ce n'est pas que, sous d'autres rapports, je sois tenté de faire la moindre comparaison entre la société civile et la société politique; le pouvoir y est aussi différent par son origine que par ses formes, ses fonctions, son objet. Dans la société civile, il est toujours le produit de la convention, et c'est là que le contrat social est une vérité. Dans la société politique, au contraire, le pouvoir naît de causes imprévues, de crises laborieuses, et non pas d'un pacte; et c'est là que le contrat social est une fable absurde, quoique ce soit pour la société politique que les sophistes l'ont imaginé! Mais bien que les intérêts privés ne se règlent pas par les mêmes lois que les intérêts publics, ils peuvent néanmoins se rencontrer dans certains besoins communs. Or, la nécessité d'un gouvernement est innée dans toute association, qui embrasse un certain nombre de personnes et un certain mouvement d'affaires; être gouverné, c'est, pour ces associations, avoir l'ordre, l'harmonie, c'est avoir la vie.

Partout donc où l'histoire nous montrera de grandes sociétés civiles, partout nous verrons ces sociétés pourvues d'une administration et d'un gouvernement.

Le droit romain et l'ancien droit français viennent à l'appui de ce fait.

665. A Rome, les sociétés de publicains, si connues par leur étendue et leur influence (1), avaient presque toujours des chefs appelés *magistri;* ces maîtres les représentaient activement et passivement. « Item magistri societatum, dit Ulpien, pactum et « prodesse et obesse constat (2). » On les appelait *magistri* parce que le mandat dont ils étaient revêtus leur imposait une plus grande sollicitude de l'affaire commune (3). Il ne faut pas les confondre avec les facteurs ou simples commis que des associés préposaient quelquefois à l'administration de leurs intérêts (4). Ceux-ci ne faisaient pas partie de la société. Pris le plus souvent parmi les esclaves ou les affranchis, ils n'étaient que les instruments; les autres étaient choisis entre les associés; ils étaient *primi inter pares.* C'étaient eux qui avaient la haute direction de l'opération; ils correspondaient avec les tiers, et leur autorité dans leur société leur donnait une grande influence au dehors. Du reste, le titre du digeste *Pro socio* est muet sur leurs attributions; parmi les nombreuses complications que débrouille ce titre, parmi les espèces si variées pour lesquelles il donne de si précieuses solutions, on ne trouve pas d'allusions tirées de l'administration de ces *magistri* (5), ni de questions posées sur l'étendue du droit et des devoirs des gérants dans ces sociétés et autres également usuelles. Pourquoi ce silence? Serait-ce parce qu'aux yeux des jurisconsultes dont Tribonien nous a conservé les fragments, l'état normal de la société était la participation de chacun des associés à la gestion sociale, plutôt qu'une délégation de leur pouvoir individuel? ou bien, serait-ce parce que l'égalité, mal entendue, causant plus de maux que l'autorité mal exercée, il était naturel que ces jurisconsultes fussent moins préoccupés des abus du gouvernement que des conflits anarchiques entre des forces égales? Ni l'un ni l'autre. La première raison tombe devant les faits rappelés par le président Favre dans un passage où il atteste que, dans presque toutes les sociétés (*in societatibus ferè omnibus*), il y avait des gérants choisis entre les plus capables (6); et, en effet, la loi 65, § 14, D. *Pro socio*, vient singulièrement à l'appui de cette allégation (7). On y voit la confirmation de cet usage de tous les temps, de tous les lieux, de toutes les sociétés un peu nombreuses, instituées soit pour le commerce, soit pour les affaires civiles : de confier à des gérants la garde des intérêts sociaux.

Quant à la seconde raison, elle serait plus conjecturale que positive, et d'ailleurs elle met en oubli le soin des jurisconsultes romains à prévoir les cas les moins fréquents comme les plus usuels. Il y a une explication plus décisive : c'est que l'action *pro socio* n'avait pas trait à l'exercice du mandat de ces gérants, et que leurs rapports, comme mandataires, avec leurs coassociés, rentraient dans le cercle du mandat; l'action *pro socio* étant réservée pour les actes qui tiraient leur origine de la seule qualité d'associé (8).

666. Mais venons à l'ancien droit français.

Les sociétés tacites, qui furent si utiles au développement du bien-être dans les populations villageoises, avaient, en général, un chef, un maître (9). On le nommait quelquefois le chef du *chanteau;* il était élu par ses coassociés (10) et pouvait être déposé par eux (11). C'était lui qui allait aux foires, faisait les voyages à la ville, avait la principale charge de l'affaire et était nommé aux rôles des tailles et autres subsides (12). Il obligeait ses associés, ou, autrement dit, ses comparsonniers, en choses mobilières pour le fait de la communauté.

Voici ce que portait là-dessus l'art. 5 du tit. XXII de la coutume de Nivernais, auquel était conforme l'article 268 de la coutume de Bourbonnais : « Le chef « d'une communauté peut, *sans procuration de ses « communs, agir* et *être convenu* pour le fait de la « communauté, en actions personnelles et posses- « soires (13). »

Le commentaire que Coquille a donné de cet article est si intéressant que je ne peux mieux faire que de l'analyser et même de le copier. Si l'on veut voir la différence qui existe entre le véritable jurisconsulte, et le praticien compilateur, on pourra comparer ce commentaire avec celui qu'Aureux des Pommiers nous a laissé sur l'art. 268 de la coutume de Bourbonnais (14).

Or donc, suivant Coquille, le maître de communauté était établi par les comparsonniers expressément ou tacitement (15); et lorsqu'il était question de

(1) Voy. préface.

(2) L. 14, D. *de pactis.*

(3) PAUL., l. 57, D. *de verb. signif.* (lib. 59, *ad edict.*) : « Cui « præcipua cura rerum incumbit, et qui magis quàm cæteri, di- « ligentiam et sollicitudinem rebus quibus præsunt, debent, ma- « gistri appellantur. »

(4) ULPIEN, l. 13, § 1, D. *pro socio.*

(5) Les lois 5 et 59, D. *pro socio*, qui parlent de ces sociétés, ne s'occupent pas de leur administration.

(6) *Suprà*, n° 62, note, j'ai cité ce passage.

(7) *Suprà*, n° 61, le sens de cette loi.

(8) BALDE, sur la loi 1, C. *pro socio.*

(9) COQUILLE, quest. 58. Voy. notre préface.

(10) *Ibid.*

(11) *Ibid.*, sur l'art. 5, tit. XXII, de la coutume de Nivernais.

(12) COQUILLE, quest. 58.

(13) *Junge* Berry, tit. VIII, art. 22.

(14) Voy. aussi MERLIN, *Répert.*, v° *Communauté tacite.*

(15) Arg. de la loi dernière, D. *quod cum eo.*

lui ôter la maîtrise, on annonçait cette révocation au public avec solennité, soit à la tenue des jours, soit au prône de la messe paroissiale (1).

Son pouvoir était général; il était procureur *cum liberâ* (2). Il obligeait ses comparsonniers en contractant sur meubles et pour affaires mobilières, pourvu que (je laisse parler Coquille) « cette obligation, ou « contrat, soit avec espèce ou *apparence de bonne « administration et pour le besoin vraisemblable de la « communauté;* car le créancier doit être aucune« ment soigneux à cet égard, s'il veut avoir obligé « ceux qui ne contractent pas (3). Aussi, le mande« ment et pouvoir qu'aucun a ès affaires d'autrui, « tant soit-il général et libre, ne comprend et ne « s'étend, sinon autant que la bonne foy doit dési« rer (4).

« A cette raison, je croy que, si ce debte est gros « et pesant, et qui emporte grande ou bonne partie de « la substance des parsonniers, que l'obligation n'o« bligera lesdits parsonniers, sinon qu'ils y soient « appelés et y contractent, par la raison de la loi « *Servus dotalis*, D. *Soluto matrimonio* (5), et *Si cum « Cornelina*, D. *de solutions* (6), et par l'argument de « la loi *Generale*, D. *de ritu nupt.* (7), L. *Procurator*, « D. *de procuratoribus* (8). A quoy fait ce qui est dit « par Alexandre (9), que quand un collége ou univer« sité veut expédier quelque acte de grande impor« tance, que les noms de tous ceux qui ont donné « advis soient exprimés; et allègue la loi dernière « code *de vend. rer. civit.*

« L'autre considération est que tel maistre ne peut « faire contract qui sonne en donation ou mauvaise « administration (10); aussi que l'affaire soit négociée « et traitée comme il a *accoutumé de faire en cette « communauté*, ou ès autres communautés des vil« lages; car *c'est un argument de bon mesnage, quand « on s'accommode à l'usance*, et c'est mauvais « mesnage quand on entreprend avec nouveauté et « autrement qu'il n'est accoutumé (11).

« Si le maistre, *avec bonne foy et bon mesnage*, « comme dessus, contracte, il oblige ses parsonniers, « non-seulement jusqu'à la concurrence des meubles « et conquêts communs, *mais absolument et précisé« ment*, et n'est pas comme il se dit du mary à l'é« gard de la femme; car la femme est en la puis« sance de son mary et ne s'en peut deslier, ne « contredire à son mary, ny le controller. Mais les « parsonniers peuvent révoquer et oster la maistrise « au maistre, ou *contrerollenr*, *et modifier son pou« voir*, et quand ils ne l'ont pas fait, ils *sont obligés « comme par mandement, ou ad instar de l'action « utila, institoire* (12). »

667. Il me suffit d'avoir rappelé ces deux notables exemples d'organisation sociétaire, empruntés au droit romain et au droit français. Si de ces associations nous passions à des sociétés plus restreintes dans leur nombre, plus passagères dans leur durée (je veux parler des sociétés ordinaires de commerce et autres), il deviendrait moins utile d'insister sur la fréquence ancienne et actuelle du régime des gérants, et sur l'utilité que les associés trouvent dans cette combinaison. Ce sont là choses notoires et d'une évidence palpable (13). Il vaut mieux nous occuper tout de suite de l'étendue des droits de ces administrateurs.

668. Et d'abord il y a une grande distinction à faire, en ce qui concerne l'époque à laquelle les pouvoirs ont été conférés au gérant. Sont-ils institués, ces pouvoirs, par une clause du contrat? ou bien ont-ils été donnés postérieurement? Ces deux cas entraînent des différences. Occupons-nous donc en premier lieu du gérant nommé par le contrat de société.

669. La gestion donnée par les statuts fait partie des conditions du contrat. L'associé administrateur ne serait pas entré dans la société si on ne l'avait pas créé gérant (14). C'est pourquoi son mandat diffère d'un mandat ordinaire (15), en ce que l'on ne peut, à moins de convention contraire (16), révoquer *ad nutum* sa procuration; car, ayant été un des éléments constitutifs de la société, elle doit durer autant qu'elle (17).

669 2° (18).

670. Et non-seulement le gérant est mandataire

---

(1) Par arg. de ce texte d'ULPIEN : « De quo palam proscriptum fuerit, *ne cum eo contrahatur*, is propositi loco non habetur. » L. 11, § 2, D. *de inst. act.* *Junge* l. 12, §§ 1 et 2, D. *de solut.* (ULPIEN).

(2) C'est-à-dire procureur pour faire toutes les affaires de la société. POTHIER, *Mandat*, n°s 144, 145.

(3) AFRICAIN, l. ult. D. *de exercit. act.*, et ULPIEN, l. 5, § 11, D. *de instit. act.*; *infrà*, n°s 790 et 805.

(4) SCÆVOLA, l. 60, 4, D. *mandati.*

(5) MODESTINUS, l. 58.

(6) PROCULUS, l. 82.

(7) POMPONIUS, l. 34.

(8) MODESTINUS, l. 63.

(9) Conseil 1, vol. IV.

(10) CAIUS, l. 28, § 2, D. *de pactis*; PAUL, l. 6, § 2, D. *de cond. indebiti.*

(11) Sur Nivernais, tit. XXII, art. 5.

(12) *Ibid.*

On peut consulter, sur cette matière, HENRYS, t. II, p. 915; LEBRUN, *Des communautés tacites*, ch. IV; AUROUX, sur l'article 168 du Bourbonnais, etc.

(13) *Infrà*, n° 825.

(14) POTHIER, n° 71.

(15) Art. 2004, code civil; *infrà*, n° 790.

(16) DURANTON, t. XVII, n° 434; DUVERGIER, n° 294.

(17) **Add.** DURANTON ajoute, n° 434 : « Toutefois les associés ont pu donner le pouvoir par un acte postérieur, à un autre titre que le titre de simple mandat, à titre de convention irrévocable, et, dans ce cas, l'administration de la société ne pourrait être enlevée à celui qui l'aurait ainsi stipulée, que pour cause légitime, par exemple s'il avait disparu, s'il avait été condamné à un long emprisonnement, s'il lui était survenu quelque infirmité qui l'empêcherait d'administrer.

« En sens inverse, il serait fort possible que l'administration de la société n'eût été conférée à l'un des associés par l'acte même de société, qu'à titre de simple mandat révocable à volonté; mais cela ne se présumerait pas : il faudrait que l'intention des parties à ce sujet fût clairement exprimée, sinon la clause serait considérée comme partie intégrante du contrat de société, et, comme telle, elle serait irrévocable, à moins de cause légitime. Ce pourrait être aussi une obligation imposée à l'associé, et, dans ce cas, cet associé ne pourrait s'en décharger sans juste motif. On doit même généralement supposer que telle a été l'intention des parties, lorsque l'administration a été conférée par l'acte même de société. Au lieu que lorsque c'est après coup, c'est, au contraire, en général, un simple mandat, dont il peut ne plus vouloir, de même qu'on peut le lui retirer; et il suffit alors que sa renonciation soit faite en temps utile, c'est-à-dire en avertissant ses coassociés de contribuer avec lui à l'administration, ou de nommer un autre membre pour administrer à l'avenir. Mais il devrait, en général, achever les opérations par lui commencées. »

(18) **Add.** *Dans les sociétés anonymes la clause des statuts qui nommerait les administrateurs pour toute la durée de la société serait inopérante. Il en serait de même de celle qui les déclarerait irrévocables.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n°s 363 et 364 : « L'art. 31 du code de commerce décide que la société anonyme sera administrée par des mandataires *à temps* et *révocables*; mais si, par un article de l'acte de société, on avait

irrévocable, mais encore il ne peut être contrarié par ses coassociés dans aucun des actes qui ressortissent à son administration. Il peut agir contre leur gré, nonobstant leur opposition, pourvu que ce soit sans fraude (1). En un mot, l'administration est son domaine et son lot; il n'y doit pas être troublé, tant qu'il s'y comporte en homme expérimenté et honnête (2).

671. Réciproquement, il ne peut abandonner l'administration. Il est lié à son mandat, et il doit le conduire à fin (3). Ses associés sont censés n'être entrés dans la société qu'en considération de sa capacité; les en priver serait une déception.

672. Que si cependant une gestion inhabile vient compromettre la prospérité de la société, ce n'est pas à dire que le gérant pourra se maintenir dans son poste malgré ses fautes, et s'y livrer impunément à ses écarts. La société ne saurait être condamnée à voir sa ruine se consommer par une loi de son organisation. Quels moyens lui sont donc offerts?

673. Il y en a trois : le veto, la révocation motivée, la dissolution. Sans doute les statuts pourront *à priori* en organiser d'autres, et armer les associés d'un pouvoir plus sévère pour contenir leur gérant. Mais, dans l'absence de toute convention spéciale, je ne connais que ces trois moyens; ils ont cela de commun, qu'ils donnent naissance à une contestation entre associés, qui, en cas de résistance, dépend de l'appréciation des tribunaux.

674. Le veto est formellement autorisé par notre article; non pas ce veto arbitraire dont nous parlerons dans le commentaire de l'art. 1859 (4), et qui, une fois proclamé, suffit par sa toute-puissance, sans raison et sans explication, pour empêcher l'opération; mais un veto *cognitâ causâ*, motivé sur la fraude du gérant, ce qui, dans les termes de droit, comprend sa faute lourde. Quand nous disions tout à l'heure, avec l'article 1856, que l'opposition des associés est sans valeur contre le gérant, nous entendions que sa gestion était exempte de fraude. Mais le dol, ou, ce qui est la même chose, la faute lourde du gérant autorise l'opposition des associés, et la rend digne de considération.

---

nommé des administrateurs pour tout le temps de la durée de la société, cette clause serait-elle valable? Nous ne le pensons pas. En effet, il faut d'abord bien remarquer que toutes les dispositions de la loi relatives à l'organisation des sociétés anonymes sont d'ordre public, car toutes ont pour but de paralyser le pernicieux effet que pourrait avoir pour les tiers l'abus des privilèges extraordinaires accordés aux associés et aux administrateurs de ces sociétés; et c'est parce qu'on a regardé tout ce qui a rapport à l'établissement des sociétés anonymes comme intéressant l'ordre public, et afin que l'autorité fût mise à portée de reconnaître si la loi était exactement suivie, qu'une ordonnance royale est exigée pour en autoriser l'existence. Dès lors il est impossible de ne pas reconnaître qu'il n'est pas permis de déroger aux dispositions de la loi relatives à l'organisation de ces sortes de sociétés; une décision contraire violerait ce principe, que l'on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public (code civil, art. 6). Cette seule considération suffirait pour démontrer que l'on ne peut, par l'acte de société, déroger à la disposition de l'art. 31 du code de commerce, qui veut que la société anonyme soit administrée par des mandataires *à temps*. Mais d'ailleurs les termes mêmes de cet article prouvent, de la manière la plus évidente, que le législateur a voulu que la qualité de mandataires *à temps*, pour les administrateurs des sociétés anonymes, fût l'essence de ces sortes de sociétés; car s'il avait voulu seulement laisser aux associés la faculté d'avoir des mandataires *à temps*, une disposition expresse était inutile; il suffisait de dire que la société anonyme serait administrée par des *mandataires* : ce mot seul renfermait tout; car tout mandant peut nommer son mandataire, ou pour toute la durée d'une affaire, ou pour un temps déterminé, sans avoir besoin d'une disposition de la loi qui l'autorise à le nommer à temps.

« Il en est de même, et à plus forte raison, de la révocabilité; elle est aussi une condition essentielle de la société anonyme, et des administrateurs ne pourraient être déclarés *irrévocables* par les statuts. Nous avons dit, *à plus forte raison*, parce qu'au moyen du droit de le révoquer, on peut se débarrasser d'un mandataire dans lequel on n'a plus de confiance, même lorsque son mandat a une durée illimitée; tandis qu'il est impossible de se défaire d'un mandataire irrévocable.

« De ce que les administrateurs des sociétés anonymes sont essentiellement temporaires et révocables, il résulte que si une clause des statuts avait nommé des administrateurs pour tout le temps de la durée de la société, et les avait déclarés irrévocables, cette clause serait nulle, et devrait être regardée comme non écrite. »

L'arrêt de la cour de Bruxelles du 9 mai 1808 (*Décis. notables*, t. XV, p. 45) a été rendu sur une espèce où il s'agissait d'une société charbonnière, mais non d'une société anonyme telle que l'entend le code de commerce.

Après avoir rappelé cette décision, PERSIL ajoute, p. 177, sur l'art. 31, n° 3 : « L'arrêt de la cour de Bruxelles décida aussi qu'en vertu de l'art. 1856 on ne peut révoquer les mandataires, nommés par une clause du contrat, que pour cause légitime. Quant à moi, j'adopte entièrement l'avis de cette cour. Cependant plusieurs auteurs décident que l'art. 31 du code de commerce déroge au principe exprimé par l'art. 1856, que la révocation est de droit dans les sociétés anonymes, sans qu'il y ait nécessité d'en exprimer le motif. Selon eux, si l'art. 31 n'était pas entendu en ce sens, il serait tout à fait inutile, et on ne concevrait pas pourquoi le législateur aurait répété ce qu'il avait déjà appliqué aux sociétés en général. »

MALEPEYRE et JOURDAIN ajoutent, n° 367 : « Qu'arriverait-il si des administrateurs avaient été nommés pour toute la durée de la société par une clause des statuts? ou si, sans nommer des administrateurs pour tout le temps que doit durer la société, les statuts n'avaient pas déterminé le temps pour lequel les administrateurs doivent être nommés? Les assemblées d'actionnaires devraient, en procédant à la nomination des administrateurs, suppléer à ce qui manque dans les statuts, et déterminer la durée des pouvoirs des gérants qu'ils nommeraient. Si ce droit ne leur est pas donné expressément, ni par la loi, ni par les statuts, il résulte de la nécessité d'exécuter la loi qui veut que les gérants soient nécessairement temporaires, et qui serait violée par une nomination faite pour un temps illimité. Il en est de ce droit de limiter la durée du mandat des administrateurs, lorsqu'elle n'a point été fixée par les statuts, comme de celui de révoquer ces administrateurs, qui appartiennent incontestablement à la société représentée par les assemblées générales d'actionnaires. »

(1) POTHIER, n° 71; texte de notre article; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 85.

(2) **Add.** Op. conf. de LECLERCQ, t. VI, p. 243, où il dit : « Ce serait une révocation indirecte, si les associés pouvaient s'opposer à ce que le mandataire fît les actes relatifs à son administration. »

(3) DUVERGIER, n° 291.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN enseignent, n° 199 : « De son côté, le gérant ne peut pas se démettre de ses fonctions; il y a, entre lui et les coassociés, contrat irrévocable pendant le temps stipulé. Cependant, si une infirmité habituelle le rendait impropre aux affaires de la société, si la gérance était désormais pour lui une charge trop pesante, ou en d'autres cas semblables, il pourrait demander à être libéré de ses fonctions. Si les associés ne pouvaient pas s'accorder sur sa demande, ni sur le choix d'un nouveau gérant, la question serait soumise à un tribunal arbitral comme contestation sociale, et la dissolution de la société serait une conséquence nécessaire de ce désaccord (code civil, article 1871). »

(4) *Infrà.*

675. Nous avons dit la faute lourde; mais que sera-ce de la faute moyenne? Bien que caractérisée au plus haut degré dans l'acte entrepris par le gérant, triomphera-t-elle des résistances, et la société renfermée dans la lettre de l'article 1856 courbera-t-elle la tête?

Je réponds.

Je n'ai parlé jusqu'à présent de la faute lourde que pour ne pas sortir du texte que j'interprète. Mais je tenais en réserve la question de la faute légère.

Il faut en convenir, l'art. 1856 ne mentionne que la fraude pour donner accès à l'opposition des associés. Mais par ce premier pas nous sommes déjà arrivés de la fraude jusqu'à la faute lourde. Je crois qu'il reste à en faire un second.

Une première observation me frappe.

L'art. 1856 a copié Pothier, mais il ne l'a copié qu'en partie. Pothier avait dit : « pourvu que ce soit « sans fraude et *pour le bien de la société.* » L'article 1856 n'a pas répété ces derniers mots. Il a cru être plus concis sans être moins complet. Le bien de la société est, en effet, un mobile si essentiel de toute la conduite du gérant, que le législateur aurait cru se servir d'un langage redondant en embarrassant l'article 1856 d'un tel lieu commun. Le bien de la société est donc sous-entendu.

Mais la faute ne fait pas le bien de la société. Voilà pourquoi ni la faute lourde, ni même la faute moyenne, ne doivent entacher la conduite d'un administrateur. L'art. 1850, d'ailleurs, le déclare expressément (1). La raison le dit plus haut encore.

Faisons donc bien attention à ceci :

D'après l'art. 1850, le gérant, quand il rendra son compte, sera tenu de la faute moyenne qu'il aura commise. Or, l'art. 1856 entend-il que les associés, qui ont action pour la réparation du dommage occasionné par la faute moyenne n'auront pas la possibilité de le prévenir?

Là est la question, et, ainsi posée, elle ne saurait être douteuse. Ce qui surtout en rend la solution évidente, c'est qu'il n'est pas possible que, dans un conflit entre les associés et leur gérant sur une mauvaise mesure d'administration, la discussion ne place pas le gérant dans le cas d'une faute énorme. Au commencement, il pouvait se tromper de bonne foi. Après les observations des opposants, il se trompe avec connaissance de cause et par une sorte de dol impardonnable.

Certes, si la bonne foi doit être la règle d'un contrat, c'est bien dans le contrat de société, et l'article 1852 veut la voir empreinte dans tous les actes d'un administrateur (2). Sans doute cet article ne lui demande pas nécessairement le succès; mais la bonne foi! il l'exige d'une manière absolue. Or, sera-ce un administrateur de bonne foi, celui-là qui, averti par les observations de ses associés, aura persisté obstinément et avec une confiance aveugle en lui-même? S'il ne réussit pas, sa conscience sera-t-elle en repos? N'aurait-il pas dû s'abstenir, ou du moins consulter, avant d'agir? Et si, sans guide et contre de bons conseils, il conduit jusqu'au bout son entreprise hasardeuse, sa faute ne devient-elle pas une faute des plus graves, un manque de foi, une collusion, une fraude?

Par exemple : Primus, administrateur d'une société, ayant quelques raisons apparentes de croire que Sextus est créancier légitime de la société, se dispose à le payer. Mais Secundus, associé non gérant, qui a connaissance de certaines circonstances de nature à faire écarter le titre de Sextus, en avertit Primus et s'oppose au payement. Celui-ci n'en tient compte. Au lieu d'examiner mûrement l'affaire, il passe à Sextus un effet pour le remplir. Est-il besoin de dire que la faute de Primus sera énorme, pour avoir payé? N'est-il pas clair que l'opposition de Secundus l'aura constitué en état d'obstination coupable et de véritable collusion?

Je le dis donc, le gérant, frappé d'une opposition, ne peut aller en avant, qu'à la condition du succès. C'est ici un de ces cas où les vaincus ont toujours tort.

Toutefois, entre s'arrêter docilement et agir imprudemment, il y a un milieu : c'est de faire juger la question; le gérant le pourra. De leur côté, les associés opposants pourront saisir les tribunaux compétents pour que force reste à leur opposition. Mais que d'inconvénients dans cette intervention de la justice dans les rapports intimes de la société! Quelle plaie pour son crédit! quel scandale et quel sujet de défiance pour les tiers!

Maintenant, nous devons nous demander de qui l'opposition devra émaner, pour que le gérant ne puisse passer outre sans engager sa responsabilité. Faudra-t-il qu'il y ait majorité? La minorité aura-t-elle le veto? A mon avis, tout dépend des circonstances.

Souvent, dans un cas urgent, lorsque tous les associés ne sont pas présents, l'opposition d'un seul sera suffisante pour être prise en considération. Mais toutes les fois que la question sera soumise à une délibération de la société, la majorité sera la loi des gérants.

676. Venons à la révocation.

L'article 1856 l'autorise pour cause légitime. D'après les règles du mandat ordinaire, le mandant peut révoquer le mandataire *ad nutum* et quand bon lui semble (3). Mais l'associé nommé par l'acte de société n'est pas, sous certains rapports, dans les conditions du mandat normal. Il n'est pas révocable à volonté, à moins de conventions contraires; il ne peut être destitué que pour des causes graves, infidélité, malversation, dissipation, mauvaise administration, etc.

Si l'administrateur soutient que la cause n'est pas légitime, c'est un cas de contestation entre associés, du ressort des arbitres en matière de commerce (4), et des tribunaux ordinaires en matière civile (5).

La révocation peut être prononcée, suivant quelques auteurs, sur la poursuite motivée d'un seul des associés (6); suivant les autres, elle ne peut marcher

(1) *Suprà*, n° 666.

(2) *Suprà*, n° 695.

(3) Art. 2004 du code civil.

(4) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 82, note, et n° 197.

Add. Où ils disent : « Il est d'usage, dans ces circonstances, que tous les associés prennent une délibération en commun, qui, par les motifs qu'ils énumèrent, prononce la révocation des pouvoirs du gérant; il est utile d'y ajouter le nom de son remplaçant ou le mode d'administration qu'ils veulent substituer à l'ancienne gérance; on notifie le tout au gérant : s'il y adhère, la société continue, on rédige une convention à la suite de l'acte de société, elle est affichée et publiée conformément à l'art. 42 du code de commerce; s'il s'y refuse, c'est au tribunal arbitral qu'il faut soumettre l'appréciation des motifs qui peuvent entraîner la révocation. »

PARDESSUS dit sur ce point, n° 1018 : « Il n'est pas néanmoins nécessaire que dans ce cas les associés qui révoquent le mandat du gérant forment une action contre lui, il suffit qu'ils lui signifient la délibération prise; s'il y acquiesce, elle s'exécute, et ce n'est qu'en cas de refus que l'on a besoin de faire prononcer les arbitres.

(5) *Suprà*, n° 433.

(6) DURANTON, t. XVII, n° 434.

qu'avec l'intervention de la majorité (1). Je reconnais avec ceux-ci tout ce qu'a de grave, en thèse ordinaire, l'autorité du nombre; mais si l'associé, qui, seul, demande la révocation, disait : « Vous ne voulez pas me l'accorder; eh bien! je vais demander la dissolution; car les causes légitimes qui peuvent faire prononcer la révocation sont aussi de celles « qui peuvent dissoudre la société, » qu'aurait-on à lui répondre?

677. On a prétendu que la destitution du gérant nommé par les statuts entraîne la dissolution de la société (2); posée en ces termes, cette question est mal résolue. Il suffit de lire attentivement l'article 1856 pour en être convaincu. Cet article dit, en effet, que le pouvoir du gérant ne peut être révoqué, sans cause légitime, *tant que la société dure*. Donc, s'il y a cause légitime, il peut être destitué pendant la durée de la société, et si la société dure, c'est apparemment qu'elle n'est pas dissoute par cet événement. A la vérité, il y aura un changement dans le mode par lequel la société fonctionnait et dans sa signature sociale (3); il y aura nécessité, dans les sociétés de commerce, de se soumettre aux dispositions de l'art. 46 du code de commerce; mais il n'y aura pas dissolution forcée de la société.

Mais voici ce qu'on aurait dû dire; c'est que la destitution du gérant peut toujours être une occasion de dissolution, quand il y a des associés qui le veulent; car les mêmes causes, qui ont amené la révocation, subsistent pour faire dissoudre la société à la requête d'un seul des associés (4).

La société sera dissoute alors, non pas précisément à cause de la destitution, mais à cause des motifs sur lesquels est fondée la révocation.

Que si, au contraire, la société se contente de la révocation, sans qu'aucun de ses membres demande la dissolution, ce sera la même société qui continuera à vivre.

Par exemple : dans le cas de malversation, il y a peu d'apparence que les associés consentent à conserver dans leur société un homme qui la déshonorerait. Ils iront donc alors jusqu'à la dissolution, et l'article 1871 leur en donnera les moyens; mais si l'administrateur révoqué n'a été que faible ou imprudent, pourquoi devraient-ils, à tout prix, rompre leurs rapports avec lui? Ne peuvent-ils pas être satisfaits de son exclusion de l'administration, sans vouloir l'exclure de la société?

Restera à s'entendre sur le choix d'un successeur. Si l'on n'y parvient pas, la société sera frappée au cœur; car la majorité ne peut forcer l'opinion de la minorité sur les choses de confiance. Elle ne peut lui imposer un administrateur dont elle se délierait; car qui empêcherait la minorité, ou même un de ses membres, de se retrancher dans l'art. 1871 pour faire prononcer la dissolution?

Et si, après tout, l'on invoquait, contre cette minorité, l'art. 1859; si on la renvoyait au droit commun, d'après lequel chaque associé a le droit d'administrer, les récalcitrants répondraient avec raison, que cet article ne saurait être la règle d'une société qui a été originairement constituée sur des bases convenues, et qui, dès le principe, a montré qu'elle n'avait pas une égale foi dans tous les associés, puisqu'elle en avait choisi un entre tous pour administrer. Dans ce conflit donc, la société devrait se dissoudra; le pouvoir actif et vital lui manquerait (5).

Mais si tous les associés s'accordaient sur le choix d'un nouvel administrateur, est-ce qu'ils ne seraient pas les maîtres de continuer leurs opérations? ne serait-ce pas toujours la même société fonctionnant sans interruption? L'affirmative me paraît certaine (6), et le texte de l'article 1856 est entièrement décisif. Il y aurait souvent, et pour les tiers et pour les associés eux-mêmes, des inconvénients majeurs à vouloir que ce fût une nouvelle société, une société autre que l'ancienne, dont l'existence aurait cessé. Au surplus, rappelons-nous ce que disait Coquille, des remplacements de maîtres dans les sociétés villageoises du Nivernais. On les destituait, on annonçait au prône leur révocation; mais la société ne se croyait pas dissoute.

678. Tout ce que je viens de dire sur la révocation du gérant me conduit à la dissolution invoquée comme moyen extrême pour échapper aux dangers de son administration; mais ceci reviendra dans le commentaire de l'article 1871. Il me suffira de dire ici que la demande en dissolution peut être formée, aux termes de cet article, par un seul des associés, contre le vœu de tous les autres membres de la société.

678 2° (7).

678 3° (8).

679. Nous venons de parler de l'administrateur nommé par le contrat de société.

Voyons ce qui regarde celui qui est nommé après coup.

---

(1) DUVERGIER, n° 293.

(2) DUVERGIER, n° 295; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 500.

(3) Code de commerce, art. 46; *suprà*, n° 254.

(4) Art. 1871 du code civil; *infrà*, n° 985.

(5) Add. DUVERGIER dit, sur la question, n° 295 : « Si la désignation contenue dans l'acte constitutif est, ou révoquée sur la demande de la société, ou désertée par l'administrateur, cet événement entraîne la dissolution de la société, à moins de convention contraire. Une partie des associés, même la majorité, ne peut forcer les autres ni à faire une nouvelle désignation, ni à se placer sous le régime de l'administration collective. D'abord, la considération de la personne de l'associé choisi pour administrateur a pu être pour plusieurs une raison déterminante, sans laquelle ils n'auraient pas consenti à former la société; et il est possible qu'à leurs yeux aucun autre ne mérite la même confiance. En second lieu, l'administration des affaires sociales par tous les membres de l'association, avec un pouvoir égal pour chacun, a de graves inconvénients que j'ai souvent signalés; il ne serait ni raisonnable ni juridique que ceux des associés qui n'auraient pas voulu s'y exposer, qui, pour y échapper, auraient par une stipulation fondamentale placé la direction des intérêts communs dans une seule main, fussent trompés dans leur attente, et qu'on les livrât aux agitations d'un gouvernement purement démocratique, lorsqu'ils avaient préféré constituer une monarchie. »

Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 198 : « Il faut le consentement unanime des associés, disent-ils, pour introduire un changement quelconque dans l'acte constitutif; et la sentence arbitrale peut prononcer la dissolution, mais non introduire des modifications dans les conventions des parties... » A cet endroit ces deux auteurs s'occupent de la société en nom collectif.

(6) *Junge* MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 198.

(7) Add. *Rien n'empêche de stipuler que la nomination faite par l'acte même de société sera révocable.* — Cette proposition est établie par DUVERGIER, n° 294, où il ajoute : « Seulement ces dérogations doivent être exprimées clairement et sans ambiguïté; car dans le doute la règle générale sera suivie. »

(8) Add. *La révocation ou destitution du gérant dans les sociétés en commandite par actions entraîne-t-elle la dissolution de la société?* — DUVERGIER pose cette question au n° 296, pour la résoudre, quand il s'occupe de la *dissolution de la société* : c'est à cet endroit que nous la rappellerons. Voir ci-après n° 889, *in fine*.

D'abord, par qui sera-t-il légalement nommé? par la majorité contre la minorité? Non; le pacte a été fait sous la condition inhérente que l'administration serait organisée suivant l'art. 1859 du code civil; il n'y a que l'unanimité qui puisse déroger à cette convention sociale.

680. Une fois nommé, la fonction de cet administrateur sera, en tout, celle d'un mandataire révocable *ad nutum* et quand bon semblera aux mandants. J'excepterais cependant le cas où ce gérant serait nommé pour remplacer un précédent gérant institué par les statuts et sorti de fonctions; car alors on ne fait que substituer une personne à une personne, et non pas un pouvoir à un autre pouvoir.

Mais, pour cette révocation, faudra-t-il l'unanimité, ou la majorité, ou bien la volonté d'un seul?

L'unanimité semble indiquée par l'adage : « Eodem » modo dissolvuntur conventiones quomodo formantur. » La minorité, par cette raison que, la révocation pour cause grave pouvant avoir lieu par suite de la volonté d'un seul (1), il serait étrange que la même chose n'eût pas lieu dans le cas bien moins grave de revocation sans cause du mandat. Mais la première raison est mauvaise; la seconde est insuffisante : la véritable est que chaque associé n'a donné mandat que pour soi; qu'il n'a fait que déléguer la part d'administration qu'il tient de l'article 1859; qu'ainsi, ce que sa volonté seule a pu faire, sa volonté seule peut le révoquer (2).

681. Passons maintenant aux pouvoirs de l'administrateur.

La doctrine a mesuré ce pouvoir sur celui du mandataire revêtu d'une procuration générale. On a vu ci-dessus le passage de Coquille (3). Pothier se rattache aussi à cette comparaison (4).

Elle est vraie presque toujours. Il faut remarquer cependant que le gérant d'une société administre aussi comme copropriétaire, et que sous ce rapport ses intérêts se confondent avec ceux de la société, comme ceux de la société se confondent avec les siens. Il suit de là qu'il représente la société d'une manière plus précise que le mandataire ordinaire ne représente son mandant; il a avec elle des liens plus étroits et plus intimes, et son administration comporte quelque chose de plus prompt, de plus discrétionnaire. C'est une observation qu'il faut avoir présente à l'esprit dans tout ce qui va suivre.

J'ajoute que toute société civile et commerciale a un but précis et prévu, que le gérant est chargé de poursuivre en vertu des devoirs de sa fonction; et cette fonction, dès lors, l'investit du droit primordial de faire tout ce qui rentre légitimement dans cette fin avérée. C'est pourquoi l'on risquerait quelquefois de s'égarer, si on le soumettait trop rigoureusement aux définitions que le droit commun a données pour les cas ordinaires de mandat général; car il faut surtout tenir compte de la nature de l'affaire entreprise, des conditions particulières de sa gestion, de l'esprit qui a présidé à la formation des rapports sociaux, de l'usage suivi dans les spéculations du même genre, etc. Ulpien a très-bien dit en matière d'action institoire : *Conditio præpositionis servanda est* (5). Or, le gérant est un véritable institeur : *Negotio gerendo instet* (6). Expresse ou tacite, la condition de son institution doit être respectée, malgré des définitions légales trop étroites.

Mais il faut entrer dans le détail de ses droits.

681 2° (7).

681 3° (8).

682. D'après l'art. 1988 du code civil, le mandat

---

(1) *Suprà*, n° 676; DURANTON, n° 434.

(2) **Add.** Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, n° 570; de BOILEUX : « Personne n'est tenu, dit-il, de faire administrer ses biens par un tiers. »

DUVERGIER, n° 193, dit au contraire : « Duranton pense que la révocation peut être le fait d'un seul associé. Je suis d'un avis différent. Cette mesure doit être, comme toute autre, l'objet d'une délibération prise à la majorité, et dans laquelle, bien entendu, ne figurera point l'associé administrateur.

(3) N° 666.

(4) N° 66. *Junge* HENRYS, t. II, p. 915, liv. IV, quest. 166, n° 7.

(5) L. 11, § 5, D. *de inst. act.*

(6) ULPIEN, l. 3, D., *loc. cit.*

(7) **Add.** *Y a-t-il quelque différence à faire entre les pouvoirs du gérant nommé par l'acte de société et ceux du gérant nommé postérieurement?* — DUVERGIER dit, n°s 297 et 298 : « Entre les pouvoirs de l'administrateur désigné par l'acte de société et ceux de l'administrateur nommé par un acte postérieur, il n'y a en apparence aucune autre distinction à faire que celle qui vient d'être indiquée. Ainsi, quoique les uns soient irrévocablement conférés et que les autres soient susceptibles de révocation, ils paraissent avoir et ils ont jusqu'à un certain point une égale étendue; ils constituent, presque sous tous les rapports, une égale capacité. Les associés qui choisissent l'un d'entre eux pour administrateur, veulent qu'il ait le droit de faire tout ce qui est nécessaire à la prospérité de la société; quelles que soient d'ailleurs la nature et la date de l'acte par lequel ils manifestent leur volonté. Il n'y a donc pas de motifs pour étendre dans un cas plus que dans l'autre, le cercle des fonctions de l'administrateur et les effets de sa puissance. La mission qu'il reçoit, ayant toujours le même but, semble devoir s'accomplir par les mêmes moyens.

« Toutefois, entre la position de l'administrateur établi par l'acte constitutif, et celle du gérant nommé dans un acte postérieur et séparé, il y a une différence grave et qui se manifeste par des résultats remarquables. Le premier est le représentant de la société, ou plutôt il est la société personnifiée; c'est en lui que résident tous les droits appartenant à l'être collectif, depuis le moment où celui-ci a commencé d'exister, et par une clause qui est une des conditions de son existence. Sans doute il tient ses pouvoirs de la volonté des autres associés; mais ceux-ci n'en ont jamais été saisis eux-mêmes; ils ne les lui ont donc pas délégués par un mandat. Aussi cette expression n'est-elle point employée dans l'art. 1856, lorsqu'il s'agit de lui. Elle est appliquée, au contraire, à l'administrateur créé après la formation de la société, c'est-à-dire à celui que les associés ont investi des pouvoirs dont ils étaient eux-mêmes saisis depuis la formation de la société; à celui qui véritablement n'est que leur délégué, leur procureur. »

MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 85, disent au contraire : « Les pouvoirs de l'associé administrateur nommé par l'acte de société, sont extrêmement étendus; il est plus qu'un mandataire, car ses pouvoirs sont irrévocables, et il a le droit d'agir nonobstant l'opposition des autres associés : ainsi il peut faire tous les actes, transactions et traités qu'il juge convenable, payer les dettes, en contracter pour le compte de la société, souscrire tous billets, lettres de change, mandats, traites, ou autres effets de commerce; traiter avec les fournisseurs, marchands ou débiteurs de la société; accorder termes et délais, faire des remises à ces mêmes débiteurs, et accéder à un contrat d'union par suite de faillite; acheter des matières premières ou des marchandises nécessaires aux besoins de la société; revendre ces objets avant leur confection définitive, s'il croyait qu'ils ne sont pas de bonne qualité, ou après qu'ils ont été entièrement confectionnés; faire aux bâtiments, usines et machines toutes les réparations qu'il juge utiles; faire aussi les constructions nécessaires à l'extension des affaires de la société : passer des marchés à cet effet; en un mot, faire tous les actes de la plus ample administration. »

(8) **Add.** *Les administrateurs ont-ils des pouvoirs plus ou moins étendus que les associés eux-mêmes qui administrent tous conformément au droit commun?* — DUVERGIER enseigne,

général ne comprend que les affaires d'administration; s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, le mandat doit être exprès. Mais, quelque juste que soit cet article, quelle que soit son autorité sur la position du gérant, il faut néanmoins l'accommoder par quelques tempéraments à certaines règles dominantes dans le contrat de société.

Un très-grand nombre de sociétés sont instituées pour le commerce, et le commerce ne vit que par les achats et ventes. Dans beaucoup de sociétés civiles, aussi, il y a un mouvement d'affaires, dont le pivot roule sur des ventes continuelles. L'article 1851 le reconnaît quand il parle de choses mises dans la société avec la destination d'être vendues.

Pour ces ventes, donc, l'article 1988 ne saurait lier les mains du gérant. Par la nature des choses et par le but de son institution, le gérant est procureur de droit pour aliéner toute cette partie du capital social destinée à alimenter le commerce et à être écoulée par les ventes. On peut même dire que la destination de ces choses précise le mandat du gérant, et équivaut pour lui à une procuration spéciale de les aliéner.

Au surplus, il n'y a là rien de nouveau dans le droit. Quoique tout le monde retranche des pouvoirs du mandataire général le droit d'aliéner, tout le monde reconnaît néanmoins qu'il a le droit de faire les aliénations qu'exige son administration, par exemple la vente des choses périssables et des récoltes (1).

Si un mandataire général peut vendre par esprit de conservation, à plus forte raison le doit-il quand tel est le but de sa fonction.

Mais là s'arrêtent ses pouvoirs, et il trahirait les intérêts de la société, il manquerait à ses premiers devoirs, s'il aliénait les immeubles de la société qui ne sont pas destinés à être vendus, les magasins, les bâtiments, en un mot tout ce capital que la société n'a formé que pour le conserver en nature. C'est ici que l'article 1988 du code civil reprend tout son empire (2).

La coutume de Berry, que l'on considérait, dans l'ancien droit, comme faisant le droit commun de la matière des sociétés tacites, le décidait expressément (3). « Les dispositions et contrats faits par les « maîtres et principaux gouverneurs, administrateurs « de *biens, marchandises ou fermes de campagne ou* « *communauté*, DES MEUBLES APPARTENANT A ICELLES, « sont bons et valables, non-seulement pour le re- « gard des contractants, mais pour le regard de leurs « compagnons ou associés auxquels lesdits contrats « desdits maîtres, gouverneurs et administrateurs « préjudicient, et les obligent effectivement et par « semblable leur profitent. »

Sur quoi Montvéron, cité par Lebrun (4), disait : « La coutume ne parle de tous contrats indifférem- « ment, ains de ceux seulement qui ont été faits *des* « *meubles* appartenant aux communautés (5). »

683. Non-seulement le gérant peut et doit vendre

---

n° 309, ce qui suit : « Il importe d'abord de remarquer que la capacité est la même dans le cas où tous administrent conjointement, et dans le cas où une clause spéciale concentre l'administration dans les mains d'un ou de plusieurs associés. Sans doute, il y a cette différence entre les deux hypothèses, que lorsque la convention ne déroge pas au droit commun, et que tous les associés restent en possession des pouvoirs que leur donne la loi, ils peuvent, par un consentement unanime, faire des actes qui sortent des bornes d'une administration ordinaire ; tandis que les administrateurs établis par la convention sont obligés de se renfermer rigoureusement dans les limites tracées par la nature de leurs attributions ; et que, fussent-ils d'accord pour les franchir, ils n'en auraient pas le droit. Mais on aurait tort de tirer de là la conséquence que les administrateurs légaux ont des pouvoirs plus étendus que les administrateurs conventionnels. Lorsque les premiers font les actes que les seconds ne doivent jamais se permettre, ce n'est pas comme administrateurs qu'ils agissent ; c'est en leur qualité d'associés, de propriétaires, et de maîtres absolus des choses qui composent le fonds social. Il est évident que tel est le motif qui produit et qui explique la différence ; puisque, dans les résolutions relatives à ce qui va au delà de l'administration, on exige l'unanimité, qui n'est pas nécessaire dans les mesures de gestion proprement dite.

« Cette observation préliminaire m'a paru utilement placée avant l'exposition des règles qui fixent l'espace dans lequel doivent se mouvoir les personnes chargées de l'administration d'une société, et qui déterminent les actes qu'elles ont le pouvoir et le devoir d'accomplir. »

(1) MODESTINUS, l. 63, D. *de procurat.*; VINNIUS, *Quæst. selectæ*, l. 9; POTHIER, *Mandat*, n° 145; *infra*, comm. de l'article 1860.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 23 août 1836, relatif au gérant d'une commandite (DALLOZ, XXXVII, 1, 140); MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 56.

Add. « Il ne pourrait, disent-ils, vendre les immeubles à moins que la société n'ait pour objet de semblables opérations. »

(3) Art. 8, 22.

(4) Des *Communautés* ou *Sociétés tacites*, ch. IV, n° 3.

(5) L'arrêt précité de la cour de cassation décide cependant avec raison que le gérant d'une commandite peut consentir à la conversion d'une saisie réelle en vente volontaire. C'est un moyen de défense.

Add. DUVERGIER, n° 312, admet bien, avec PARDESSUS, le pouvoir de vendre les choses vénales et celles qui font l'objet du commerce, mais non le pouvoir général de vendre *les immeubles* : « Un seul des associés, dit Despeisses (*De la société*, sect. II, § 18), a droit de faire seul les affaires de la société, bien qu'il n'en ait pas charge spéciale de ses associés. Aussi l'un des associés peut sans mandement spécial de son associé vendre les choses vénales ès quelles ils ont contracté société (Ranchin, p. 5, concl. 384). » Il semblerait même, d'après l'art. 1860 du code civil, qu'un associé administrateur peut toujours aliéner et engager les choses qui dépendent de la société, du moins les choses mobilières ; mais l'argument *a contrario*, fondé sur cette disposition, ne doit pas être admis. L'article a pour but d'interdire à l'associé qui n'a pas le droit d'administrer, même l'aliénation des objets mobiliers ; ce qui ne veut pas dire que ces objets pourront être aliénés par l'associé administrateur, alors que, dans la pensée qui a présidé à la constitution de la société, ils ne sont pas destinés à être vendus.

Pardessus borne aussi le pouvoir des gérants des sociétés commerciales à la faculté d'aliéner les choses, par l'aliénation desquelles le but de la société peut être atteint. « Ainsi, dit-il, dans une manufacture, l'associé gérant peut, par sa qualité, acheter des marchandises et fournir des obligations pour en payer le prix, ou même pour argent prêté... ; il peut vendre les objets fabriqués *parce que c'est leur destination...* ; mais l'aliénation qu'il ferait, sans une autorisation spéciale de ses coassociés, de la maison, des magasins servant à la manufacture ou au commerce de la société, serait évidemment nulle, même à l'égard des acheteurs, qui n'ont jamais dû croire que les pouvoirs d'un gérant s'étendissent jusqu'à vendre le fonds de l'établissement. » Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 89 ; des annotateurs de ZACHARIÆ, § 382 : « Ce serait à tort, disent ces derniers, que l'on voudrait tirer de l'art. 1860 un argument *à contrario*, pour soutenir que l'associé chargé d'administrer peut, dans tous les cas, aliéner les meubles communs. » Op. conf. de FAVARD, p. 413, n° 5 ; de MAZERAT sur DEMANTE, n° 578 ; de DURANTON, n° 435 ; de DALLOZ, ch. I, sect. III, § 5, n° 2.

MAZERAT sur DEMANTE ajoute : « Du reste, il est évident que le pouvoir tacite, conféré par l'art. 1859 1°, donnerait à chaque associé le même droit que s'il avait un pouvoir exprès et non spécifié. »

les choses destinées à être vendues, mais il doit encore faire tous les achats nécessaires pour activer ou faire marcher l'affaire à laquelle il a été préposé. Par exemple, dans une association agricole, il achètera les fumiers, les échalas, les vaisseaux vinaires, les instruments aratoires, les chevaux de labour, etc. (1). Dans un commerce de draps, il fera les commandes de cette marchandise; en un mot, quel que soit le négoce, en petit ou en grand, il devra l'approvisionner de tout ce qui est nécessaire pour en assurer le fonds; et la société sera tenue des obligations qu'il aura contractées à cet égard.

684. La nécessité d'acheter peut conduire quelquefois à la nécessité d'emprunter; car il y a, dans l'administration d'une société, un enchaînement d'opérations qu'on ne saurait scinder, sans attaquer dans sa base le pouvoir d'administrer. Dans beaucoup d'autres cas, le gérant se verra aussi dans l'obligation de souscrire des billets en usant de la signature sociale laissée à son autorité discrétionnaire; ou de se faire faire des avances par le banquier de la société, par exemple pour faire d'indispensables réparations, pour s'assurer un bon personnel, pour dégrever à temps l'actif social de quelque charge hypothécaire, etc. (2).

Jamais on n'a douté que le gérant ne puisse emprunter pour les fins légitimes de son administration (3). Papinien décide expressément que la société est tenue de la dette contractée par un associé, quand l'argent a été versé dans ses affaires : *nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint* (4). Seulement, la doctrine ne veut pas, avec raison, que les dettes qu'il contracte soient excessives (5) et qu'elles emportent (comme le disait Coquille) (6) *grande ou bonne partie de la substance des parsonniers*; car le gérant cesserait alors d'administrer, il disposerait. Tout emprunt, qui dépasse les besoins de l'administration et l'intérêt de l'affaire gérée, rentre dans le droit du propriétaire. Mais le gérant ne sort pas des bornes en contractant les emprunts modérés sans lesquels son administration ne pourrait marcher (7); il est censé avoir le pouvoir requis par l'art. 1862. Je suis donc étonné de voir Duvergier enseigner sans explication que l'administrateur ne peut faire des emprunts (8); c'est une grave erreur. Il n'y a pas de société qui pût marcher sous le frein d'une telle restriction. L'art. 1852 en repousse l'idée par d'irrésistibles arguments (9). Si un associé peut se constituer créancier de la société en lui faisant, sans la consulter, les avances nécessaires pour l'opération dont il s'occupe pour elle, pourquoi ne pourrait-il pas emprunter à un tiers l'argent qui doit faire face à cette dépense urgente (10)? et si la société est tenue, dans le premier cas, de se reconnaître débitrice, pourquoi pas dans le second? D'ailleurs, l'article 1852 n'ajoute-t-il pas que l'associé a action contre la société pour les obligations qu'il a contractées de bonne foi, pour les affaires de la société? L'administrateur qui s'est renfermé dans les limites dont j'ai parlé, qui a agi *necessariò* pour employer l'expression de Paul, est-il moins favorable? ne contracte-t-il pas aussi une obligation de bonne foi? La société doit donc l'entretenir.

Au surplus, nous avons vu ci-dessus le texte de la coutume de Berry qui formait là-dessus (11) le droit commun du royaume. Il y a cent exemples d'emprunts contractés par des gérants pour les affaires de la société, et ratifiés par les tribunaux. Je me bornerai à un seul exemple que j'emprunte à Henrys (12). Il est vrai que l'arrêt qu'on va lire statue sur un débat existant entre les tiers et la société; ce qui est une position réglée par les art. 1862, 1863, 1864 du code civil, tandis que nous n'en sommes encore qu'à l'action *pro socio* et à un rapport d'associé à associé. Mais l'on verra que l'arrêt repose, non pas sur une application des principes relatifs à l'*in rem versio*, qui sont la ressource des créanciers contre une société qui n'a pas donné de mandat, mais sur l'existence d'un mandat inhérent aux fonctions du gérant, sur un usage légitime du droit d'administration.

685. Les parsonniers David, de la paroisse d'Arfeuilles, avaient donné le régime de leur société à Jean Duverger, qui y était entré comme gendre, pour avoir épousé la fille de l'un d'eux. Etant donc reconnu pour chef et maître de cette société, Jean Duverger consentit, en cette qualité, diverses obligations, dont quelques-unes au profit d'un nommé Michel Gagnon. Celui-ci, pour être payé, fit saisir des effets de la

---

(1) POTHIER, *Mandat*, n° 149; *Société*, n° 66; PARDESSUS, n° 1014.

(2) *Suprà*, n° 604.

(3) ULPIEN, l. 1, § 8, D. *de exercit. act.*; AFRICAIN, l. 7, D. même titre.

(4) L. 82, D. *Pro socio*; ULPIEN, l. 5, § 13, D. *de instit. act.* « Sed si pecuniam quis crediderit institori, *ad emendas merces « præposito*, locus erit institoriæ. » ULPIEN, l. 13, D. même titre; AFRICAIN, l. 17, D. *de in rem verso*; POTHIER, *Mandat*, nos 160 et 181; STRACCHA, décis. 24, nos 15 et 90; *Répert. de* MERLIN, v° *Communauté tacite*; BASSET, t. II, p. 291; HENRYS, t. II, p. 914; LEBRUN, *Des sociétés tacites*, ch. IV; *infrà*, sur les art. 1862, 1863, 1864.

(5) POTHIER, *Mandat*, n° 160; arg. de la loi 12, D. *de pignor. act.*

(6) *Suprà*, n° 666.

(7) Voici les paroles de Straccha : « Cum dubitatum aliquando « fuerit an possit institor (il parle du gérant d'une société pour la « ferme des revenus publics) pecunias mutuo accipere, dicitur « hoc a lege permitti; ideò cessat hoc objectum, et videmus præ« ponentem ex mutuo institoris obligari... *Quod videtur gene« rale si pecunia accipiatur, ad illud faciendum quod negotium « spectat.* » PAUL, l. 67, § 2, D. *pro socio*; CUJAS (lib. 32, *Pauli ad edict.*)

(8) N° 314.

Add. « Du moins, dit DUVERGIER, il n'engage pas la société par ceux qu'il contracte. »

DURANTON, n° 435, dit aussi : « Il ne pourrait emprunter pour cet objet ou pour tout autre sans avoir l'autorisation de ses coassociés; sinon l'emprunt resterait pour son compte personnel, sauf à lui à se faire faire ensuite raison de ses déboursés utilement faits. »

Junge MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 88.

Où ils disent : « De telle sorte qu'il est même douteux qu'un emprunt d'argent fait pour le compte de la société par le gérant, sans le consentement des autres, et par contrat purement civil, engage la société; car ses pouvoirs ne s'étendent pas aux actes qui sont en dehors du commerce, et un emprunt d'argent par contrat ne peut être considéré comme un acte relatif au commerce, sauf la preuve contraire. D'autre part, la solidarité ne se présume pas, il faut qu'elle soit stipulée ou qu'elle résulte d'une disposition précise de la loi (code civil, art. 1202), et nous ne pensons pas que l'art. 22 du code de commerce soit applicable à un acte purement civil. On le juge ainsi en Amérique, et cette manière de juger nous paraît tout à fait conforme aux principes et à l'esprit des sociétés commerciales; et, malgré les préjugés qui peuvent exister en France à cet égard, nous croyons que cette jurisprudence doit finir par triompher chez nous. »

(9) *Suprà*, n° 604.

(10) PAUL, l. 67, § 2, D. *pro socio*; AFRICAIN, l. 17, D. *de in rem verso*.

(11) N° 682.

(12) T. II, p. 915.

communauté; les parsonniers David s'y opposèrent, prétendant que Gagnon devait être renvoyé à se payer sur Jean Duverger; Gagnon soutenait, au contraire, que l'obligation du chef de la communauté comprenait tous les associés, que tous étaient censés s'être obligés, et que dès lors il avait pu saisir les effets communs.

Par sentence du bailliage et siége présidial de Forez, l'exécution fut révoquée, sauf audit Gagnon à se pourvoir contre Jean Duverger.

Gagnon appela au parlement de Paris, et là la question fut discutée avec un soin particulier. Henrys donne avec beaucoup d'érudition les raisons pour et contre : celles de Gagnon étaient décisives.

D'après Ulpien, dans la loi 14, D. *de pactis*, le contrat fait par le maître d'une société nuit et profite à cette société : « Magistri societatum pactum et « prodesse et obesse constat. » Les art. 268 de la coutume de Bourbonnais; 5, tit. XXII, de la coutume de Nivernais; 22, tit. VIII, de la coutume de Berry, consacrent ce droit nécessaire à la marche des sociétés. En nommant un maître, on lui donne le pouvoir d'agir; il est instituteur, et, dans cette qualité, *inest mandatum*, d'après la loi 29, D. *de reb. creditis*. Combien ne serait-on pas exposé à être trompé, si les coassociés pouvaient désavouer le maître et n'accepter de l'affaire que ce qui leur serait avantageux! C'est aux associés à s'imputer d'avoir fait un mauvais choix (1), ou bien, s'ils ont reconnu son mauvais ménage, de ne l'avoir pas révoqué et fait savoir au public.

On voudrait que le créancier eût examiné si l'emprunt était, oui ou non, nécessaire; mais c'est impossible. Il suffit au créancier de savoir que celui auquel il prête, est le chef de la communauté, et qu'il a la direction de tout ce qui la regarde. Puisque le gérant peut vendre, acheter, il peut s'obliger pour cela, sans que le créancier soit obligé de s'enquérir si c'est pour payer les charges, et s'il est bon économe ou non.

Il faut donc conclure que le maître a un ministère général et étendu; qu'il peut, pour ce ministère, *emprunter* et *s'obliger* (2).

Sur ces raisons, le parlement de Paris, par arrêt du 5 juin 1655, annula la sentence du premier juge, ordonna « que Jean Duverger serait reconnu pour « avoir été le chef de la communauté des David, et, « en conséquence, lesdits David condamnés chacun à « payer les parts et portions *des dettes créées par* ledit « Duverger pendant ladite administration, etc. »

J'ajoute que non-seulement l'arrêt maintint la dette à l'égard de Gagnon, mais qu'il ne fit peser aucune responsabilité particulière sur Jean Duverger vis-à-vis de ses coassociés. L'arrêt ordonne entre eux le partage des biens sans aucun recours pour faute et mauvaise administration.

686. Mais ce droit d'emprunt, ainsi admis et reconnu, pourra-t-il se donner le secours de l'hypothèque, lorsqu'il est impossible de trouver des fonds à d'autres conditions?

Voici ce qu'on peut dire pour l'affirmative :

De même que l'article 1988 a dû fléchir jusqu'à un certain point en ce qui concerne les ventes (3), de même il doit recevoir, à l'égard de l'hypothèque, une exception commandée par la force des choses. Sans doute, il restera toujours constant que le gérant n'a pas le pouvoir indéfini d'hypothéquer à son gré les immeubles de la société; mais il peut le faire, autant que l'exigent le besoin et l'intérêt de son administration. Qui veut la fin veut les moyens. L'urgence, les circonstances, les limites dans lesquelles il se sera renfermé lui feront donner un bill d'indemnité.

Dans l'ancien droit, tel était l'avis de Pothier, et l'on n'entendait pas dans un sens absolu la prohibition d'hypothéquer portée contre le mandataire général (4). Toutes les fois qu'un mandataire général contractait dans la limite de ses droits un engagement par acte authentique, cet engagement était accompagné de l'hypothèque tacite que l'ancienne jurisprudence attachait aux actes notariés. De plus, Caius décidait que l'hypothèque consentie par un mandataire général pouvait tenir suivant l'exigence des cas (5). Si l'article 1988 ne le dit pas, l'article 1852 nous force à le dire. Supposez, en effet, qu'un associé, pour venir au secours de la société, emprunte de l'argent sous l'hypothèque de ses biens : l'art. 1852 veut que la société le tienne quitte de son obligation. Comment donc la société pourrait-elle répudier l'hypothèque, que, dans les mêmes circonstances et pour les fins de son administration, le gérant aurait consentie pour elle? Du reste, il est entendu que tout doit s'être passé de bonne foi; il faut que les fonds de l'emprunt n'aient pas disparu et qu'ils aient été versés dans les affaires de la société.

A ces raisons on peut répondre :

La doctrine antérieure au code civil était loin d'être aussi unanime qu'on le suppose sur le droit du gérant, ou maître, de faire peser des hypothèques dans une certaine limite sur les biens de la société. Gabriel Labbé de Montveron, dans son commentaire de l'article 8, tit. XXII, de la coutume de Berry, disait, par application de ce texte : « Les maîtres n'ont pas la « disposition des immeubles appartenant à leurs as- « sociés (6), et *ne les peuvent aliéner ni hypothéquer*. » Et Lebrun, après avoir cité cette autorité, ajoutait : « Et constamment le maître de la communauté ou « société ne peut pas disposer seul des immeubles « que chacun des associés a mis en société. »

Et, en effet, les dispositions des coutumes restreignaient le pouvoir des maîtres à la disposition des meubles; *ou actions personnelles et possessoires*, disaient les coutumes de Nivernais et Bourbonnais (7); *des meubles appartenant à icelles*, disait la coutume de Berry (8), dont la réformation fut l'ouvrage du très-docte président Lizet.

Mais venons au code civil :

L'article 2124 du code civil exige que, pour hypothéquer, on soit capable d'aliéner les immeubles qu'on veut soumettre à l'hypothèque. Or, le gérant ne peut aliéner que les choses vénales; il ne peut donc aller jusqu'à engager les immeubles qui sont destinés à former un capital à conserver par la société.

L'argumentation favorable à l'hypothèque serait victorieuse, sans doute, si le pouvoir d'hypothéquer était corrélatif au pouvoir d'emprunter; mais il n'en est pas ainsi : c'est la capacité de vendre, qu'il faut prendre pour pierre de touche de la capacité d'hypothéquer. Or, ce droit d'aliéner n'a pas été délégué à l'administrateur. Nous avons dit ci-dessus que le mandat du gérant ne s'étend qu'aux choses vénales.

Mais il y a plus!

Quand un gérant ne trouve pas d'argent sur sa signature, c'est que le crédit de la société est ébranlé;

(1) L. 7, D. *e dinst. act.*
(2) Henrys, *loc. cit.*, n° 10.
(3) *Suprà*, n° 681.
(4) Pothier, *Mandat.*, n° 160.
(5) L. 12, D. *de pignor. act.*
(6) Il appelle immeubles appartenant aux coassociés la part de ceux-ci dans les immeubles sociaux.
(7) *Suprà*, n° 666.
(8) *Suprà*, n° 665.

c'est qu'il y a une crise grave et menaçante; c'est qu'on n'est plus dans les termes de ces emprunts courants et ordinaires, auxquels le droit du gérant se trouva borné (1). Le gérant doit alors consulter ses associés. Qui sait si ceux-ci, informés de l'état de l'entreprise, ne viendront pas à son secours par des versements de fonds désintéressés, ou du moins par des prêts moins onéreux que ceux que des étrangers lui font chèrement acheter par des intérêts, des hypothèques et des frais ruineux? Telle a toujours été la marche des sociétés bien administrées, et la jurisprudence de la rote de Gênes consacre une doctrine si sage (2).

Qu'arriverait-il, d'ailleurs, si le gérant pouvait aliéner ou hypothéquer les immeubles sociaux? C'est que souvent il enlèverait à la société la base de son existence; il la détruirait dans sa racine. Supposez une association pour l'exploitation d'une usine; le gérant, pressé par les exigences de l'affaire, emprunte, et il hypothèque cette usine. Est-ce là administrer? Peut-on appeler acte de gestion celui qui ne peut être fait sans priver la société de la chose qui lui sert d'assiette, et par conséquent sans détruire la société même (3)?

Et là gît une grande différence entre l'hypothèque que le gérant donnerait sur ses propres biens pour le succès de l'affaire, et celle qu'il constituerait sur les biens sociaux. La première n'affecte pas l'existence de la société; la seconde est menaçante pour elle; elle la frappe au cœur.

Au surplus, un arrêt de la chambre des requêtes, du 21 août 1841 (4), décide la question dans le sens que nous soutenons. Il est vrai que nous examinons ici un rapport d'associé à associé, et que nous réglons le compte du gérant avec la société; tandis que l'arrêt dont il s'agit statue sur un débat entre la société faillie représentée par son syndic, et les créanciers auxquels le gérant avait accordé des hypothèques (5). Mais il est évident qu'en rejetant le pourvoi contre l'arrêt qui avait annulé l'hypothèque entre les mains de tiers de bonne foi, les réduisant ainsi à la condition de créanciers chirographaires, la décision dont il s'agit fait plus que préjuger la question d'associé à associé; elle la juge positivement par un *à fortiori* irrésistible.

Voici cet arrêt tel que je le trouve au greffe de la cour de cassation et que mes notes de l'audience me le rappellent :

Par acte du 31 décembre 1835, Julien Danniaux avait constitué une usine à lui appartenant en une société en commandite, dont l'objet était la fabrication du sucre de betterave.

Le service de la fabrique exigeant des fonds, le gérant recourut à des emprunts; il consentit une hypothèque sur l'usine à un sieur Henri Joire, banquier, pour sûreté d'un crédit ouvert jusqu'à concurrence de 40,000 fr.

D'autres hypothèques furent données plus tard à d'autres créanciers.

Bientôt la société tomba en faillite.

Le syndic fit assigner les créanciers hypothécaires pour voir prononcer la nullité des hypothèques. Il ne refusait pas de les admettre au passif comme chirographaires : tout ce qu'il demandait, c'était de faire tomber leurs hypothèques. Et il triompha dans cette prétention, soit devant le tribunal de première instance, soit devant la cour de Douai, dont l'arrêt, à la date du 27 novembre 1839, est ainsi conçu :

« Attendu que l'usine de Wambrechies étant devenue une propriété sociale antérieurement aux contrats passés par le gérant avec Joire (et autres), il n'a pu consentir une hypothèque valable sur cet immeuble;

« Qu'en effet, aux termes de l'article 2124 du code civil, celui-là peut hypothéquer qui peut aliéner; qu'un tel pouvoir ne peut être conféré à Julien Dannisox par l'acte du 31 décembre 1835, et que la loi l'a refusé au gérant, qui n'est qu'un administrateur, d'après les articles 1859, 1860, 1988 du code civil;

« Attendu que, pour se soustraire à cette conséquence, ces créanciers prétendent que l'acte social est radicalement nul, sur le motif que l'exemplaire du journal qui contenait l'insertion du contrat de société n'aurait pas été enregistré dans le délai de trois mois, conformément à la loi du 31 mars 1833;

« Qu'en supposant que cette nullité, proposée pour la première fois devant la cour, soit d'ordre public et puisse, *pour l'avenir*, faire tomber l'acte de société que les parties avaient entendu exécuter, elle ne peut également réagir sur les faits accomplis;

« Qu'en effet, par suite de cette nullité, il y aurait eu, non plus une société, mais une communauté d'intérêts qui aurait donné naissance aux engagements dont l'exécution est réclamée contre elle, et auxquels elle ne pourrait se soustraire s'ils avaient été véritablement contractés en son nom;

« Que tout autre système aurait pour conséquence de laisser sans gage et sans débiteur Joire (et autres).

« Par ces motifs, etc. »

On voit quelle est la base de cet arrêt. Le gérant n'a eu ni pouvoir exprès ni pouvoir tacite. La cause est donc dominée par l'article 2124.

Du reste, les créanciers ne cherchaient pas à se placer sous l'empire de l'art. 1864 du code civil, qui, à défaut de mandat, fait réagir l'obligation du gérant sur la société quand celle-ci en a profité. L'art. 1864 ne fut en aucune manière invoqué.

Pourvoi, pour violation des art. 21, 27, 28, 1988 et 2124 du code civil.

Pas plus que devant la cour royale, l'article 1864 et l'*in rem verso* n'entrèrent dans les moyens d'attaque développés devant la cour de cassation. On insistait bien sur la bonne foi des créanciers; mais on ne cherchait à tirer aucun parti de l'article 1864 et à répondre au défaut de mandat par l'*in rem verso;* on soutenait seulement que, dans le silence du contrat, la présomption légale était que la société avait voulu abandonner et déléguer son droit de vendre et d'hypothéquer; que le pouvoir d'hypothéquer est la conséquence de l'autorisation donnée au gérant de faire le commerce (articles 6 et 7 du code de commerce); que ces articles démontrent que l'article 2124 n'est pas applicable aux matières de commerce. On ajoutait que, s'agissant d'une société en commandite dans laquelle les associés commanditaires doivent s'inter-

(1) *Suprà*, n° 681.

(2) Voici, en effet, les paroles de STRACCHA, « Æquitati « maximè consonum videbatur Saulium communicare præsentem « indigentiam et successus negotiationis cum participibus..., « potuissent enim participes cum minori interesse pecunias invenire... vel aliter rebus suis consuluissent, vel etiam proprias « pecunias absque interesse erogassent. Priùs ergo Saulius has « vices perquirere et *omnem lapidem movere debuit.* » (Décis. 14, n° 93.)

(3) Art. 1865, n° 2.

(4) Voyez-le *infrà*, n°s 811 et 812.

(5) *Infrà*, n°s 811 et 812.

dire tout acte de gestion, il arriverait, d'une part, que ceux-ci n'oseraient se prononcer sur l'autorisation d'hypothéquer, par crainte d'immixtion; que, de l'autre, le gérant ne pourrait agir faute de mandat; que dès lors la société demeurerait acculée dans l'impasse de ses charges, sans pouvoir faire un pas pour en sortir.

Ce système n'était pas admissible. L'article 2124 répondait victorieusement à la présomption légale qu'on tirait des articles 6 et 7 du code de commerce; et, de plus, il n'est pas exact de dire que des commanditaires ne peuvent être consultés sur des emprunts à faire. J'ai rapporté ci-dessus les principes exposés par le tribunat (1). On vient de voir la rote de Gênes partager cette opinion dans l'espèce d'une société presque entièrement semblable à une commandite (2). La prohibition de gérer n'empêche pas certaines communications et certains rapports entre les commanditaires et les gérants.

C'est pourquoi la chambre des requêtes rejeta le pourvoi, par arrêt du 21 avril 1841, rendu au rapport de M. Bayeux et sur les conclusions de M. Pascalis :

« Attendu, en droit, qu'aucun article du code de « commerce ne donne expressément au gérant d'une « société en commandite le pouvoir de vendre ou « hypothéquer les immeubles de la société; que les « articles 26, 27, 28 de ce code, invoqués par le de- « mandeur, ne parlent que de l'interdiction faite aux « commanditaires d'administrer, et non des pouvoirs « du gérant;

« Attendu que, dans le silence de la loi spéciale, « il faut revenir à la loi générale;

« Attendu que les articles 1988 et 2126 du code « civil ne donnent à l'administrateur le droit d'alié- « ner et d'hypothéquer que lorsqu'il est investi d'un « mandat spécial à cet effet;

« Attendu, en fait, que, dans l'espèce, l'acte de « société formé pour l'exploitation de la fabrique de « sucre de Wambrechies ne donne en aucune façon « au gérant le pouvoir d'aliéner ou d'hypothéquer « cette fabrique;

« Attendu qu'en annulant les hypothèques consen- « ties par Dauniaux, gérant de la société, l'arrêt de la « cour de Douai, loin de violer la loi, en a fait la « plus juste application,

« Rejette le pourvoi. »

Cet arrêt me paraît juridique, et je ne rétracte pas la part que j'y ai prise.

Une seule chose avait fait naître dans mon esprit quelques doutes momentanés. C'était l'art. 1864, qui, le mandat écarté, s'attache à l'*in rem versio*, et en fait la base d'une action contre la société. Et ici, tout paraissait établir que les créanciers hypothécaires avaient fourni leurs fonds de bonne foi, et que ces fonds avaient été employés dans les affaires sociales. Mais je répète que la violation de l'art. 1864 n'était pas alléguée, et que, ni devant la cour royale, ni devant la chambre des requêtes, la cause n'avait été portée sur ce terrain.

Que si ce côté de l'affaire eût été abordé, je ne puis croire qu'il eût procuré aux créanciers hypothécaires plus de succès. Quand l'art. 1864 accorde aux tiers une action contre la société, ce n'est pas à cause du contrat fait avec le gérant dépourvu de pouvoirs, c'est à cause du fait matériel du versement de leurs fonds dans la caisse sociale. Quel secours, en effet, le contrat pourra-t-il procurer aux créanciers? Il est nul; l'action repose tout entière sur une autre base, sur la réception des fonds, et sur cette règle d'équité, que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. Or, d'où procède l'hypothèque dont cherchent à se prévaloir les créanciers? Du contrat passé avec le gérant; et comme ce contrat est sans valeur, l'hypothèque dont il émane ne saurait avoir plus de vertu. Les créanciers sont donc renfermés dans l'action *de in rem verso*, qui est personnelle, et qui n'a aucune connexité avec le droit hypothécaire constitué par le contrat. Ils ne peuvent trouver la sanction de ce droit, tout conventionnel, dans une action dont la source est en dehors de la convention (3).

687. Le gérant n'est pas enchaîné de la même manière quand il s'agit de louer et affermer les immeubles de la société.

Le bail est un acte d'administration qui rentre au plus haut et au plus apparent degré dans ses attributions (4).

---

(1) N° 419.

(2) Voyez aussi *infrà*, n° 794.

(3) *Infrà*, n°s 811 et 812.

(4) Mon *Comm. du Louage*, n° 98; et sur le bail de la chose commune, n° 100. Mais on verra *infrà*, dans le commentaire de l'art. 1859, que l'associé non administrateur a mandat tacite pour louer, ce que ne peut faire le communiste, si ce n'est dans des circonstances rares.

Add. DUVERGIER dit à ce sujet, n° 315 : « On a souvent examiné si l'un des associés peut seul louer les immeubles qui font partie du fonds social. J'ai déjà donné à cette question une solution affirmative, en faisant remarquer la différence qu'il y a, sous ce rapport, entre les droits d'un communiste et ceux d'un associé. Cependant on trouve quelque hésitation chez les auteurs; plusieurs font dépendre leur opinion des circonstances, et presque tous paraissent s'accorder sur ce point que si l'un des associés veut se loger dans la maison comprise dans les biens de la société, il doit l'emporter sur celui qui veut la louer.

« Si deux, dit Imbert, possèdent une maison commune et que « l'un veuille tout entièrement loer, et l'autre exploiter et se « tenir en sa part, il le pourra faire, car il n'use que d'un droit, « comme dit Balde, en cette loi : *Sabinus*, ff. *Communi divi-* « *dundo*. » Il ajoute : « Au contraire, deux étant seigneurs par « indivis d'une maison commune, l'un d'iceux seul, n'y contre- « disant l'autre, pourra bien l'affermer et loer entièrement; car « plus commodément cela se fait par un seul, comme disent Bar- « tole et Paul de Castre, à la loi *Hæc distinctio*, § *Cûm fun-* « *dum*, ff. *loc. cit*. Trois aussi étant seigneurs, si deux la veulent « loer et que le tiers l'empêche, la ferme tiendra et vaudra, ainsi « qu'a escrit Balde à la loi 1, *cod*., *Qui testam facere possunt*. « Voire, disent Bartole et Paul de Castro à cette loi *Hæc dis-* « *tinctio*, § *Cûm fundum*, pourvu que ce qu'a fait celui qui la « loe, soit en procurant l'utilité et proufit d'un chacun, comme « affermant ce qui ne se peut commodément diviser, l'autre sera « tenu entretenir la ferme nonobstant que n'ait accoutumé être « loée... »

« Ce passage présente une confusion évidente des règles relatives à la société et des principes auxquels la communauté est soumise; peut-être même ceux-ci sont-ils inexactement exposés. Mais il établit comme une doctrine constante que le bail consenti par un seul des communistes, sans opposition de l'autre, est valable, et qu'en cas de dissentiment entre plusieurs, l'avis de la majorité doit l'emporter.

« Cela est vrai, à plus forte raison, pour des associés. Ce qui au contraire ne leur est pas applicable, c'est le système qui, entre l'avis de celui qui veut loger dans une partie de la maison et l'avis de celui qui veut la louer en entier, donne la préférence au premier. On comprend les motifs de cette solution pour les communistes, dont la pensée est de jouir conjointement d'une chose indivise; et il est évident qu'il n'y a pas lieu de l'admettre, quand il s'agit d'associés, dont l'intention est d'obtenir des bénéfices par l'exploitation des choses formant le fonds social.

« Cependant, et même relativement à eux, la jouissance en commun serait maintenue, s'il était démontré qu'elle va directe-

688. Il peut recevoir quittance des créanciers et donner quittance aux débiteurs de la société (1).

Il dirige les poursuites nécessaires contre les débiteurs (2).

Il a qualité pour accéder à un contrat d'atermoiement avec eux (3). Car il est souvent d'une bonne administration de sacrifier quelque chose à propos pour ne pas tout perdre.

C'est lui qui paye ce qui est dû aux créanciers de la société (4).

689. Mais il n'a pas le droit de faire des donations (5) à moins que ce ne soit de sommes modiques; ainsi, il donnera des gratifications aux employés (6), etc.

Et quoique la remise d'une dette soit considérée en général comme une libéralité, il peut cependant, comme je le disais tout à l'heure, donner son consentement à un atermoiement, bien que ce contrat contienne des remises faites à un débiteur failli. On aperçoit tout de suite que le gérant n'agit pas, dans ce cas, dans un esprit de prodigalité; il obéit bien plutôt à la nécessité, et il prend une mesure d'économie bien entendue (7).

690. Peut-il transiger et compromettre? Pothier ne le croyait pas : « Le pouvoir de l'associé administrateur, disait-il, ne s'étend pas jusqu'à pouvoir, « *sans l'avis de ses associés*, transiger sur les procès « de la société. » Et il citait Paul dans la loi 60 au D. *De procurat.* (8).

On peut penser aussi que lorsque Coquille conseillait aux maîtres des sociétés villageoises de consulter leurs comparsonniers dans les affaires de grande importance, il englobait les transactions dans cette recommandation.

Toutefois, Vinnius avait émis une opinion moins tranchée; il voulait que le mandataire général pût transiger sur les affaires réellement douteuses et d'un succès équivoque; mais qu'il n'en fût pas de même dans le cas où le droit contesté au mandant pouvait s'établir par de bonnes preuves; et, pour réconcilier la loi 60 précitée avec son système, il la tempérait par la loi 12 au C. *De transact.* (9).

Dans les principes du code civil sur le mandat général, l'opinion de Pothier doit l'emporter. La procuration générale ne comprend pas les actes de propriété (article 1988), et, d'après l'art. 2045, la transaction est un acte de propriété, un acte de disposition.

Toutefois, Pardessus pense que le gérant d'une société peut transiger et compromettre sur les intérêts relatifs au commerce de la société (10). Il considère la transaction et l'arbitrage comme des moyens de terminer les contestations, que l'on doit préférer, dans le commerce, aux longueurs et aux embarras des procès. Et Duvergier partage cette opinion, qu'il étend même aux sociétés civiles (11).

Elle ne me paraît exacte ni en droit civil, ni en droit commercial. Que le gérant puisse transiger et compromettre sur les choses dont il a la disposition, c'est ce qui ne saurait être contesté (12). Mais, au delà, quelle pourrait être la source du pouvoir du gérant? Dans quelle loi, ou dans quel usage avéré prendrait-il le droit de disposer, par des transactions et des arbitrages, de choses dont il n'a que le dépôt dans une vue d'administration? Il n'en existe pas.

On objecte qu'en se retranchant derrière ces limites étroites, on empêchera les sociétés en commandite de recourir à ces moyens rapides et économiques de terminer des contestations. C'est une erreur! Rien

---

ment ou but qu'on s'est proposé en formant la société, ou qu'elle a de véritables avantages pour elle. Ainsi, on ne doit pas louer une maison, dans laquelle il est convenable d'établir les bureaux et le siége de la société, ni les immeubles pour l'exploitation desquels l'association a été formée. »

(1) POTHIER, *Société*, n° 66; *infrà*, n° 866.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 312.

(2) POTHIER, *Société*, n° 66.

Add. DUVERGIER, n° 312.

(3) POTHIER, *Société*, n° 69.

(4) *Ibid.*

(5) COQUILLE, *suprà*, n° 666; LEBRUN, ch. IV, n° 3.

(6) POTHIER, n° 69; PARDESSUS, t. IV, n° 1014; DUVERGIER, n° 311.

(7) POTHIER, n° 69.

Add. Telle ne paraît pas être l'opinion de DUVERGIER, n° 315, qui en invoquant DESPEISSES, *Soc.*, sect. II, § 5, et ROUSSEAUD DE LACOMBE, *Soc.*, sect. III, n° 3, se borne à dire que l'administrateur ne peut consentir la remise d'une dette.

(8) *Société*, n° 68; *Mandat*, n° 157.

(9) Voyez son traité *de transact.*

(10) Tome IV, n° 1014. *Junge* MALEPEYRE et JOURDAIN, n°s 85, 90.

(11) N° 320.

Add. Où il finit en disant : « Pourquoi la transaction et le compromis ne seraient-ils pas valables, lorsque l'aliénation directe le serait? » DESPEISSES, *Soc.*, sect. II, § 6.

MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 90 : « Nous rappelons ici que le gérant n'est pas un simple mandataire : il est le représentant légal de la société qu'il administre comme copropriétaire, ses intérêts étant essentiellement liés à ceux de ses associés, et il dispose en maître, sous sa garantie personnelle, de tous les objets qui en dépendent. Si on refusait au gérant le droit essentiel et primitif qui appartient à tous, de faire juger par des arbitres volontaires les contestations qui surviendraient entre la société et des tiers, toutes les associations où il y a des commanditaires seraient forcées de renoncer à cette voie de justice, puisque les associés ne pourraient pas, sans renoncer à leurs qualités de commanditaires (code de commerce, art. 27), autoriser les gérants à compromettre, une semblable autorisation étant certainement un acte de haute administration, et que, d'autre part, on refuserait en droit aux gérants ou administrateurs. Toutefois la prudence et la déférence que chaque associé doit à ses coassociés font un devoir moral au gérant de consulter ses associés, quand il le peut sans inconvénient, sur les transactions et compromis qu'il croit utile de consentir, lorsque l'affaire est assez importante pour qu'il en soit délibéré en commun. »

PERSIL paraît adopter l'opinion de TROPLONG, lorsqu'il dit, p. 37, n° 42 : « L'associé administrateur peut faire, nonobstant l'opposition de ses coassociés, les actes qui dépendent de son administration (art. 1856). Comme l'observe fort bien Delvincourt, ce mot administration comporte une plus grande étendue dans les sociétés commerciales, surtout dans celles en nom collectif, que dans les sociétés civiles. Ainsi, dans la société en nom collectif, l'associé administrateur peut vendre toutes les marchandises, il a même pouvoir pour engager ses coassociés : tandis que dans les sociétés civiles, si la clause qui lui confère l'administration est spéciale, il doit se renfermer dans les termes de la clause; si elle est générale, il n'a que la faculté d'accomplir les simples actes d'administration; il ne peut aliéner, hypothéquer les immeubles de la société, transiger, compromettre, sans le consentement de ses coassociés. »

Jurisprudence. — Le compromis signé par un associé, sans pouvoir spécial de ses coassociés, n'est pas obligatoire pour ces derniers (8 août 1825. Civ. r. Aix, Coustoulin. DALLOZ, XXV, 1, 389).

(12) **Add.** Op. conf. de DALLOZ, n° 12.

Jurisprudence. — Toutefois le gérant d'une société en commandite ne peut, par transaction, délier les commanditaires de leurs engagements (code civil, art. 1836; code de commerce, art. 25, 26). (12 avril 1842. Req. Lyon, Germain. DALLOZ, XLII, 1, 246.)

n'empêche que le gérant ne s'entende avec les commanditaires sur une transaction à faire, sur un compromis à consentir (1). Les commanditaires peuvent, sans crainte d'être accusés d'immixtion, autoriser certains engagements, et s'assembler en conseil pour délibérer, avec le gérant, sur certaines mesures, qui sortent du cercle de l'administration.

Au surplus, si la société se composait d'un nombre considérable d'actionnaires répandus en divers lieux, il y aurait prudence à élargir par les statuts les pouvoirs du gérant (2).

691. Le gérant n'a pas besoin d'une procuration (3) pour donner des demandes en justice contre les débiteurs de la société, pour intenter les actions personnelles et mobilières relatives à ceux des objets de son administration dont il a, comme gérant, le droit de disposer (4); comme aussi pour intenter les actions possessoires (5). Mais il reste sans pouvoir en ce qui concerne les actions dont l'issue pourrait entraîner la perte de choses dont l'aliénation lui est défendue : « Est enim absurdum, dit Ulpien, cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere, et ità « Labeo scribit (6). » Ainsi, il ne pourrait agir dans les matières réelles, et dans celles, dit Auroux des Pommiers, « qui regardent les immeubles, comme les « rescisions de contrat, l'action de partage, le retrait « lignager et autres semblables actions qui ne peu« vent être exercées par le maître. » Et il cite le commentaire manuscrit de Menudel, portant : « Mix« tas ergò et petitorias exercere non potest; *sed à sin*« *gulis sociis exercentur* (7). »

Les sociétés de commerce sont-elles soumises à d'autres règles? Les pouvoirs du gérant ont-ils plus d'étendue sans que les statuts les aient élargis expressément?

L'usage répond affirmativement à cette question, et l'usage a une grande autorité en matière de commerce. On y tient pour certain que le gérant a le droit d'intenter, seul, l'action au nom de la société dont il est le représentant. Non-seulement il administre, mais encore il est, devant les tribunaux, le gardien, le conservateur de l'actif social : son devoir est de le défendre contre les usurpations des tiers, et de le maintenir, devant la justice, dans son intégrité. Mettant de côté les scrupules du droit civil et marchant directement au but avec plus de célérité, la coutume commerciale résume dans la personne du gérant les actions de la société, et suppose que le pouvoir d'agir en toutes matières existe virtuellement pour lui, malgré le silence des parties. En cela, le droit de plaider diffère du droit de transiger et de compromettre. Les garanties de bonne justice qu'offrent les tribunaux expliquent cette diversité.

692. Dans tous les cas où le gérant paraîtra en justice, soit avec un mandat virtuel, soit avec un mandat spécial, il va sans dire que son action sera donnée tant en son nom qu'au nom de la société (8). Mais c'est une question que de savoir s'il lui suffira de donner la raison sociale ou la désignation de la société, ou bien si l'assignation devra contenir en détail le nom, la qualité et le domicile de tous ceux qui composent cette société.

Tout le monde convient que, dans les sociétés en commandite, ce détail d'individus ne doit pas avoir lieu (9). La raison sociale exactement donnée remplit le vœu de l'art. 60 du code de procédure civile. En effet, les commanditaires ne livrent que leurs fonds, et non pas leurs noms, à la société alimentée par leurs capitaux. Ils doivent rester dans l'incognito, qui est un de leurs privilèges (10). Quelques jurisconsultes ajoutent qu'ils feraient acte de gestion en figurant au procès (11). Je comprendrais cette raison, si le procès était instruit à leurs poursuites et diligences! Mais elle me paraît hasardée, quand c'est un gérant qui en a la charge et la surveillance, tandis qu'eux, commanditaires, après avoir donné leurs noms, se reposeraient sur ses soins.

On ne conteste pas non plus que, dans les sociétés anonymes, le directeur responsable satisfait à la loi en se bornant à indiquer la société au nom de laquelle il agit (12). Les membres d'une société anonyme ressemblent aux commanditaires : leurs fonds sont exposés, leurs personnes ne le sont pas; la société n'a qu'un nom de chose, et point un nom de personne (13). Ce nom de chose, tiré de la désignation de l'entreprise, suffit pour satisfaire les défendeurs.

Enfin, dans la société en participation, laquelle ne concerne jamais les tiers, l'action n'est pas intentée sous un nom social; les demandeurs, s'il y en a plusieurs, sont dans le droit commun (14).

Mais si la société est civile, Boncenne décide que son action doit être formée par le gérant au nom de tous les associés (15), et c'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 8 novembre 1836 (16).

Si elle est commerciale en nom collectif, Boncenne tient qu'elle doit aussi subir cette nécessité. Mais

(1) *Suprà*, n°s 428, 429.

(2) *Infrà*, en qui concerne le liquidateur, n° 1010.

(3) Coutume de Nivernais, tit. XXII, art. 5, rapporté *suprà*, n° 666. Bourbonnais (art. 268) disait aussi : « Le chef et gouverneur d'une communauté peut, durant icelle, *convenir et être convenu* en toutes actions personnelles et possessoires, pour le fait de ladite communauté, *sans* PROCURATION *de ses autres communs.* »

(4) COQUILLE sur cet article.

(5) Coutume de Nivernais, *loc. cit.*, et Bourbonnais.

(6) L. 7, § 3, D. *de jure delib.*; COQUILLE, *loc. cit.*

(7) Sur Bourbonnais, art. 268.

Add. DUVERGIER dit, n°s 318 et 319 : « Deux observations importantes doivent être placées ici. La première, c'est que le pouvoir attribué à l'administrateur d'une société, de la représenter devant les tribunaux, ne peut être exercé que lorsqu'il s'agit d'objets qui rentrent dans l'administration.

« La seconde, c'est que la capacité d'ester ainsi en justice, au nom de la société, appartient à l'associé qui, en l'absence de toute stipulation, administre d'après le droit commun : qu'elle appartient aussi à l'associé nommé administrateur irrévocable par le contrat de société, et non à celui qui, depuis la constitution sociale, aurait été choisi pour administrateur par ses coassociés. Ce dernier n'est en effet qu'un mandataire; il ne gère pas, en vertu du pouvoir propre et personnel que, dans l'absence de toute convention, il tiendrait de la disposition de la loi. Ce sont des pouvoirs conférés et transmis qu'il exerce; et il y aurait de graves inconvénients à ce qu'il pût administrer, tantôt comme associé, tantôt comme mandataire. La dernière qualité, tant qu'elle subsiste, absorbe et efface la première, du moins sous le rapport qui nous occupe ici. »

(8) Un procureur *omnium bonorum*, dit POTHIER, *Mandat*, n° 152, peut aussi, *sous le nom du mandant*, donner des demandes en justice.

(9) Arrêt de la cour de cassation du 23 août 1836 (DALLOZ, XXXVII, 1, 139; SIREY, XXXVI, 1, 705.

(10) BONCENNE, t. II, p. 131; DUVERGIER, n° 317).

(11) BONCENNE, *loc. cit.*

(12) BONCENNE, *loc. cit.*; DUVERGIER, n° 317.

(13) *Suprà*, n°s 371, 451.

(14) BONCENNE, *loc. cit.*

(15) *Loc. cit.*

(16) DALLOZ, XXXVI, 1, 412; SIREY, XXXVI, 1, 811; *Palais*, 1837, p. 25.

l'arrêt de la cour de cassation que je viens de citer paraît incliner à une opinion contraire, qu'elle ne fait du reste qu'énoncer accessoirement.

Enfin, Duvergier veut que, soit que la société soit civile ou commerciale, il suffise de nommer cette société par son nom, parce que c'est elle qui plaide, elle seule, personne morale, reconnue par la loi, et non ses membres considérés *ut singuli*. Il combat en conséquence et l'opinion du savant professeur de Poitiers, et celle de la cour de cassation (1).

---

(1) N°s 316 et suiv.

Add. Voici cette opinion de DUVERGIER : « J'ai déjà dit que l'associé nommé administrateur par l'acte de société, n'est pas seulement un mandataire ; qu'il est le représentant de la personne civile constituée par la réunion de tous les associés : j'en conclus qu'il a capacité pour plaider, au nom et dans l'intérêt de la société.

« Si l'on ne devait voir dans les associations civiles que des agglomérations de personnes, conservant leur individualité distincte, et restant propriétaires, chacune pour partie, des biens mis en commun, incontestablement tous les membres devraient figurer dans les procès relatifs aux choses formant l'actif social. Si, au contraire, la société est (comme je le crois, et j'aurai bientôt occasion de revenir sur ce point) un être de raison, investi d'une personnalité propre, possédant des biens, ayant des droits ; il me paraît impossible de ne pas admettre son représentant légal à ester en justice pour elle.

« Cependant de graves autorités, en admettant le principe, repoussent la conséquence. La cour de cassation, par arrêt du 8 novembre 1836, a jugé que, quoique la société civile soit un être moral dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun de ses membres, néanmoins chacun des associés doit être en nom dans les contestations portées devant les tribunaux. Boncenne enseigne la même doctrine. Mais, d'accord avec la cour de cassation sur la solution, il est en dissentiment formel avec elle sur les principes. Cette circonstance seule suffirait pour exciter les doutes ; elle ne prouve rien contre chaque opinion prise isolément : mais elle leur ôte toute la force qu'elles pourraient puiser dans leur réunion.

« Le code de procédure exige, il est vrai, que l'exploit d'ajournement contienne les nom, profession et domicile du demandeur, ainsi que les nom et demeure du défendeur ; d'ailleurs la maxime *nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur*, conserve encore aujourd'hui sa force et sa vérité. Ainsi un individu ne peut obtenir de condamnation en justice, ni être lui-même condamné, qu'autant qu'il est personnellement engagé dans le débat. Un mandataire ou représentant n'est pas reçu à former une demande ou à y défendre pour autrui, à moins qu'il ne tienne son pouvoir d'une disposition expresse de la loi ; tels sont les tuteurs des mineurs ou des interdits. Mais lorsque la réunion de plusieurs individus constitue un corps moral, un être de raison, ou, pour parler la langue du droit, une personne civile ; lorsque l'existence de cette personne est légalement reconnue, qu'il est constant qu'elle a des biens, et par conséquent des droits, distincts des biens et des droits appartenant aux individus dont elle est composée, il y a nécessité de lui donner un représentant, un chef, un organe, qui agisse pour elle, soit dans les transactions où elle peut se trouver mêlée, soit dans les procès qui l'intéressent. C'est ainsi que les maires contractent et plaident pour les communes ; les syndics pour les masses de créanciers ; les gérants pour les sociétés en commandite ; les administrateurs pour les sociétés anonymes.

« Si chacun des associés devait être individuellement représenté dans les débats judiciaires, la société ne serait pas une personne civile, elle serait seulement une réunion d'individus, ayant des intérêts semblables et des biens communs, agissant ensemble et de concert, mais qui auraient conservé leur personnalité distincte. En un mot, lorsqu'il n'y a qu'une personne, aux yeux de la loi, il ne doit y avoir qu'une partie en cause ; exiger la présence de plusieurs, c'est anéantir la fiction légale qui réunit plusieurs individualités et les absorbe en une. Cette doctrine est acceptée par la cour de cassation, lorsqu'il s'agit des sociétés commerciales ; pourquoi donc la repousse-t-elle quand il est question d'une société civile, lorsque d'ailleurs elle reconnaît que l'une est, aussi bien que l'autre, une véritable personne civile ?

Voici les raisons qui lui paraissent devoir faire établir la distinction.

« Sans doute, dit l'arrêt du 8 novembre 1836, la société civile « est, comme la société de commerce, un être moral dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun de ses membres (articles 1845, 1850 et 1852 du code civil), un être moral qui peut « charger un seul associé de l'administration de ses intérêts (article 1856), administrateur irrévocable pendant la durée de la « société ; les tiers intéressés peuvent agir, tant que la société « existe, devant le juge du lieu où la société est établie (art. 50 « et 59 du code de procédure civile) ; mais on ne peut en conclure qu'il est permis à cet être moral d'agir en nom collectif, « sans donner même l'indication des nom et domicile de ses membres. D'une part, en effet, dans les sociétés autres que celles « du commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des « dettes sociales (art. 1862 et 1863 du code civil) ; de l'autre, l'article 69 porte que l'exploit d'ajournement doit contenir l'indication des nom et domicile du demandeur, ainsi que les nom et « domicile du défendeur ; l'article 69 excepte l'État, le trésor « public, les administrations ou établissements publics, et, § 6, « les sociétés de commerce tant qu'elles existent ; il n'excepte « point les sociétés civiles : ces sociétés restent donc soumises au « droit commun et aux dispositions impératives de l'art. 61.

« Fondée sur la déclaration du 30 novembre 1549, la maxime « *nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur*, signifie que, pour intenter ou soutenir une action judiciaire, il faut « être en nom dans les qualités de l'instance. Admettre un mandataire, simple, ordinaire, volontaire, à figurer en son nom « comme mandataire, dans l'action, dans l'instance, dans les jugements, ce serait l'assimiler à un tuteur ; la raison et la loi « s'y opposent. Un cointéressé ne peut non plus, en matière « divisible et non solidaire, agir seul au nom de ses cointéressés, « ni subir personnellement une condamnation qui serait exécutoire contre eux. »

« Cette argumentation révèle un embarras évident, elle est dominée par un principe, dont elle cherche à écarter les conséquences ; et pour cela, ou elle s'attache à des textes dont elle méconnaît le véritable sens, ou elle rappelle des règles vraies, dont elle fait une fausse application. Suivons-la pied à pied.

« Le code de procédure, articles 50 et 59, dit qu'en matière de société, même civile, l'assignation doit être donnée devant le juge du lieu où elle est établie. Sans doute, on ne doit pas tirer de cette disposition seule, la conséquence qu'il est permis à l'administrateur ou gérant, de représenter la société devant les tribunaux. Cependant si l'on recherche la suite des idées qui ont inspiré les deux articles au législateur, on trouve qu'il a considéré la société comme parfaitement distincte des associés, et comme ayant un domicile spécial ; qu'il a reconnu que c'est devant le juge de ce domicile, alors même qu'aucun associé ne résiderait dans son ressort, qu'il faut porter les contestations relatives aux affaires sociales. De là à décider que le gérant a le pouvoir d'ester en justice, au nom de la société, il n'y a pas loin.

« L'article 61 veut que les nom et domicile de toutes les parties en cause soient indiqués dans l'exploit d'ajournement. Certainement, je ne conteste pas une règle aussi formelle. Seulement, si l'on en conclut que chaque associé doit être désigné par son nom et son domicile, je réponds que la conséquence n'est pas logiquement déduite ; parce que ce n'est point chaque associé qui est partie au procès, c'est la société ; et qu'ainsi, c'est de la société ou plutôt du gérant en qui elle est personnifiée, qu'il faut indiquer le nom et le domicile.

« A la vérité, l'article 69 qui indique les différentes espèces d'êtres collectifs qu'on peut assigner en la personne de leurs représentants, parle des sociétés de commerce et se tait sur les sociétés civiles. L'arrêt se croit par cela autorisé à dire, que ce qui est vrai pour les premières ne l'est pas pour les secondes. Il me semble, au contraire, qu'à raison de l'analogie, ce qui est vrai pour les unes est vrai pour les autres. Ici, comme en beaucoup

693. Sur une question de procédure, je suis fâché d'être obligé de me séparer de Boncenne; mais je crois qu'il n'est pas possible de soutenir sa thèse, en ce qui concerne, du moins, les sociétés de com-

---

d'autres occasions, les deux maximes *qui de uno dicit, de altero negat*, et *ubi eadem ratio, ibi idem jus* sont en présence, et je crois qu'il n'y a pas à hésiter sur le choix de celle qui doit être appliquée. D'abord, rien dans la forme de l'article 69 n'indique qu'il soit limitatif; d'ailleurs les sociétés n'empruntent pas leur caractère de personnes civiles à la nature de leurs opérations; ce caractère leur est également attribué, soit qu'elles aient pour objet des affaires de commerce, soit qu'elles n'embrassent que des transactions ordinaires. En d'autres termes, c'est un principe général et commun que les sociétés sont des personnes civiles, et la conséquence de ce principe est qu'elles peuvent être représentées en justice par leurs administrateurs. Pour autoriser une exception, il ne suffit pas du silence de l'article 69: les dérogations aux règles ne doivent pas être admises si légèrement.

« Dans le projet adopté par le conseil d'État, le § 6 de l'art. 69 était ainsi conçu : « Les associés et intéressés dans une société de « commerce, en leur maison sociale, et, s'il n'y en a pas, en la « personne de l'un d'eux, » le tribunat proposa la rédaction actuelle, en disant « qu'elle paraissait plus claire, qu'elle avait « d'ailleurs l'avantage de faire disparaître le mot *intéressés* qui « ne devait pas rester dans l'article, attendu que les intéressés « ne sont pas censés connus du public, et que la loi ne pouvait « avoir en vue que les assignations à donner à une société con- « sidérée comme être moral et collectif. »

« Ce n'est donc pas la nature spéciale des sociétés de commerce qui a déterminé la disposition; mais bien le principe auquel sont soumises toutes les sociétés.

« La cour de cassation a elle-même compris qu'il fallait appuyer de quelques considérations graves les inductions tirées du texte, et elle a fait ressortir que, dans les sociétés commerciales, tous les associés sont solidaires; tandis que, dans les sociétés civiles, chacun est tenu seulement pour sa part.

« Certainement la cour n'a pas confondu la solidarité à laquelle sont soumis les associés en matière de commerce, avec le droit pour chacun de faire seul les affaires de la société; il est même impossible de le supposer. Dans une société de commerce chaque associé a capacité pour contracter et agir, au nom de tous, en vertu des dispositions du code civil, qui donnent à tous les associés le pouvoir d'administrer les choses communes : ce n'est point parce qu'il y a solidarité entre eux.

« Je sais que l'associé civil, qui aura agi en justice, au nom et dans l'intérêt de la société, et qui aura subi une condamnation, n'en sera tenu que pour sa part, tandis que l'associé commercial en serait passible pour le tout. Il est donc certain que celui qui plaide contre le gérant d'une société de commerce, et qui le fait condamner, obtient un résultat plus avantageux que celui qui gagne un procès contre l'administrateur d'une société civile; mais il n'y a rien à conclure de cette différence. En effet, en exigeant que tous les membres de la société civile figurent personnellement dans l'instance, on ne procure aucun avantage à leur adversaire : il n'a jamais qu'une condamnation qui, quoique prononcée contre ceux qui forment l'être collectif, se divise cependant entre eux, de manière que chacun n'en supporte que sa portion.

« Craindrait-on, en autorisant un seul associé à agir au nom de la société, d'exciter des plaideurs téméraires à entamer des procès, dont ils n'auraient à subir que des conséquences partielles? L'on doit être rassuré par la surveillance qu'exercent nécessairement les uns sur les autres tous les membres d'une société, par l'intérêt qu'a la masse à ne pas souffrir qu'il soit donné suite à une contestation dont les suites pourraient la léser; et enfin, par la raison que, si l'associé est tenu seulement pour sa part envers le tiers, il est exposé à l'action en dommages-intérêts de ses coassociés, qu'il aurait imprudemment engagés dans un mauvais procès (code civil, art. 1850).

« Un inconvénient d'une autre espèce peut se présenter à l'esprit, comme ayant quelque gravité. On peut supposer qu'une personne agira, au nom d'une société, devant les tribunaux, qu'elle y soutiendra des prétentions déraisonnables, qu'elle encourra des condamnations, et qu'ensuite, lorsque celui qui les aura obtenues voudra les faire exécuter, il ne saura pas quels sont ceux à qui elles s'appliquent, ou du moins à quel domicile il peut les trouver. Ce sont encore des dangers imaginaires. Lorsqu'un procès s'engage, et qu'un seul individu s'y présente comme administrateur d'une société, on a droit de lui demander la justification de la qualité qu'il prend, c'est-à-dire la production de l'acte constitutif de la société, en bonne forme. Là, nécessairement, on trouvera tous les renseignements dont on a besoin, sur les noms et les domiciles des associés. Si, par hasard, les domiciles n'étaient pas indiqués, et si l'administrateur, partie dans l'instance, refusait de les faire connaître, ce qui n'est pas vraisemblable, on pourrait l'y contraindre, en exigeant de lui la preuve que la société n'a pas été dissoute par la mort de quelques-uns de ses membres. Cette preuve, il est tenu de la faire si on la demande; car, je le répète, il faut qu'il justifie de sa qualité actuelle d'administrateur, et pour cela il faut qu'il prouve non-seulement que la société a été établie, mais qu'elle existe encore.

« Dira-t-on qu'il y aura plus de difficulté à fournir ces preuves et ces renseignements, qu'à désigner dans l'exploit d'ajournement, selon le vœu de l'article 61, le nom et le domicile de tous les associés?

« L'objection ne serait pas sérieuse. La plupart du temps, la production de l'acte de société sera suffisante pour satisfaire à toutes les exigences; et alors même que quelques autres justifications seraient nécessaires, une fois faites, il y aura toujours un grand avantage à ce que les parties en cause soient réduites à deux. Par là on évite des significations multipliées, on n'est pas exposé aux lenteurs que pourrait entraîner l'éloignement du domicile de quelques associés, enfin on diminue les chances de nullité qui s'accroissent nécessairement, en proportion du nombre d'actes qu'on est obligé de faire.

« Ainsi, avantages certains et point d'inconvénients véritables dans le système que je soutiens. D'ailleurs, entre les sociétés commerciales et non commerciales point de différences assez graves, assez tranchées pour soustraire celles-ci à l'influence du principe, que toute société valablement constituée est une personne civile, qui peut être légalement représentée devant les tribunaux par un administrateur.

« La maxime *nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur* ne reçoit aucune atteinte, lorsque l'administrateur d'une société plaide seul pour elle; car il n'est point le mandataire des associés pris individuellement; il est le représentant de l'être moral formé par leur réunion.

« La cour de cassation a raison de dire qu'un cointéressé ne peut, en matière divisible et non solidaire, agir seul au nom de ses cointéressés, ni subir personnellement une condamnation qui serait exécutoire contre eux. Elle ne dit pas même assez; et les cointéressés fussent-ils tenus solidairement, l'objet sur lequel se concentrent leurs intérêts fût-il indivisible, un seul ne pourrait plaider, en son nom, pour tous. Mais des associés qui, sans doute, sont des cointéressés, forment, il faut le répéter sans cesse, un être collectif, ayant ses droits, ses intérêts, son existence, son domicile à part, qui, par conséquent, peut et même doit avoir un représentant légal.

« Boncenne pense que la même règle doit être appliquée aux sociétés civiles et aux sociétés commerciales; aussi refuse-t-il aux unes comme aux autres la faculté de plaider par l'organe d'un administrateur. Son erreur consiste à ne pas tirer, de l'idée que toute société est une personne civile, ses véritables conséquences; mais son opinion ne présente pas la contradiction dans laquelle la cour de cassation me semble tomber, lorsqu'elle dénie à une espèce de société ce qu'elle accorde à une autre.

« Au surplus, Boncenne, ordinairement si séduisant et si fécond dans le développement des thèses qu'il soutient, est ici tranchant et laconique. Voici comment il s'exprime :

« Les demandes intentées par une *société civile*, doivent être « formées au nom de tous les associés. Chacun d'eux étant tenu « pour une somme et part égale, quoique la part de l'un d'eux

merce. En effet, toute société en nom collectif est tenue d'avoir une raison sociale (1), et l'on sait que la raison sociale est le nom de la société : *nomen sociale*, comme le dit Casaregis (2). Que ce nom soit composé du nom de tous et chacun des associés, ainsi que cela arrive quelquefois dans les sociétés peu nombreuses (3); ou bien qu'il ne les comprenne qu'en abrégé par la formule synthétique *N. et compagnie* (4), peu importe. La société est suffisamment personnifiée et nommée. C'est sous ce nom qu'elle naît à la vie commerciale; qu'elle est publiée et enregistrée dans les actes de l'état commercial; qu'elle se présente aux tiers; que les tiers l'acceptent pour débitrice ou pour auxiliaire. Rien de plus certain, rien de plus authentique que la manifestation qui s'attache à ce nom. Jamais on n'a pu faire une application plus exacte de cette règle de droit : *Nomina, significandorum hominum causâ, reperta sunt* (5).

Maintenant, que demande le code de procédure pour la régularité d'un exploit d'ajournement en ce qui concerne la désignation du demandeur? c'est que cet exploit contienne les noms, profession et domicile du demandeur. Et, dès lors, comment peut-on dire que la société ne satisfait pas aux exigences de la loi, lorsque son exploit la signale au défendeur par la raison sociale, c'est-à-dire par son nom légal? Niez donc alors que la société collective soit une personne morale; niez que ce soit elle qui intente la demande; niez que la raison sociale soit son unique dénomination!

« Mais, objecte Boncenne, se borner à désigner les » noms de la raison sociale, ce serait obliger le dé» fendeur à aller consulter l'extrait déposé au tribu» nal de commerce, afin de savoir quels sont les » autres associés... Mais celui qui est assigné doit » trouver dans l'ajournement les documents néces» saires pour qu'il sache à qui il a affaire, et pour » qu'il puisse se défendre avec sûreté (6). »

Je réponds que le défendeur a affaire à une société et non à des individus, et que cette société, en livrant son nom, lui a donné tous les documents nécessaires en cette matière et requis par la loi. Que si, pour l'exécution de la sentence qui l'a fait triompher, le défendeur, non content des noms responsables désignés dans la formule, a besoin de connaître les noms et domiciles des personnes qui y sont virtuellement comprises, eh bien! il n'a qu'à les prendre au greffe du tribunal de commerce, si tant est que, dans le cours du procès, l'acte de société ne lui ait pas été communiqué. Quant à moi, moins susceptible là-dessus que Boncenne, je ne vois pas où est le mal. Est-ce que cette publicité imposée aux sociétés de commerce n'a pas eu précisément pour but de pouvoir aller chercher les associés latents quand il y a lieu d'agir contre eux (7)? N'a-t-elle pas été introduite en grande partie parce que la société était dispensée, par les libertés de sa constitution, de mettre dans la raison de son commerce tous les noms des associés? Supposez que son nom abrégé ne lui suffise pas pour négocier, contracter, ester en jugement : à quoi bon, dans la plupart des cas, tant de précautions pour ne pas laisser échapper les membres innomés qui lui appartiennent?

694. Des sociétés de commerce en nom collectif, passons aux sociétés civiles.

Ici se rencontre l'imposante autorité de l'arrêt de la chambre des requêtes du 8 novembre 1836, que j'ai cité il n'y a qu'un instant.

Une société civile s'était formée entre seize personnes, sous le titre de *Compagnie des domaines engagés du Cotentin*, dans le but d'exploiter et liquider les droits cédés par la maison d'Orléans, sur ces domaines, au comte de Montmarie.

L'art. 16 du contrat de société portait : « Les ac» tions de toute nature de la société *seront intentées* « *et suivies sous le nom de la société*, poursuites et

---

« dans la société soit moindre, il faut bien que le défendeur les « connaisse, pour leur faire l'application des condamnations de » dépens ou de dommages-intérêts qu'il peut obtenir. »

« J'ai déjà répondu à cet argument.

« Il poursuit : « Si c'est une *société commerciale en nom collectif*, la solidarité qui lie les associés donne pour la même dé« cision un motif plus fort encore. Se borner à désigner les noms « de la raison sociale, ce serait obliger le défendeur à aller con« sulter l'extrait déposé au tribunal de commerce, afin de savoir « quels sont les autres associés. Vainement on objecterait que, « suivant l'art. 69, § 6, les sociétés de commerce *sont assignées* en » leur maison sociale, et s'il n'y en a pas, en la personne ou au do« micile de l'un des associés. Cet article n'est relatif qu'au lieu où « l'assignation doit être laissée. Le demandeur a pris du temps, il « a pu rechercher et connaître les individus qui composent la so« ciété qu'il veut poursuivre; mais celui qui est assigné par cette « société, doit trouver dans l'ajournement tous les documents né« cessaires pour qu'il sache à qui il a affaire, et pour qu'il puisse « se défendre avec sûreté. »

« Le dissentiment avec la cour de cassation ne peut pas être plus profond. La solidarité que l'arrêt invoque comme une considération toute-puissante en faveur de son système, paraît au jurisconsulte fournir un argument décisif pour le condamner.

« Il continue : « Quand la société commerciale est *en commandite*, les associés responsables et solidaires sont établis seuls « comme demandeurs dans l'exploit; car les commanditaires fe« raient, en y figurant, un acte de gestion qui leur est interdit « (arr. cass., 23 août 1836). D'ailleurs, ils ne seront passibles des « condamnations, auxquelles la société s'expose par une action « téméraire, que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont versés « dans la masse : leurs personnes sont donc tout à fait en dehors « du procès.

« La nature des *sociétés anonymes* indique assez que les de« mandes qu'elles ont à porter en justice doivent être formées au « nom de leurs mandataires. »

« Sur ces deux points l'opinion de Boncenne doit certainement être suivie.

« Enfin, il termine en ces termes :

« Les associations *en participation* ne consistent que dans une « négociation particulière : c'est un intérêt passager qui réunit « deux ou plusieurs spéculateurs, et qui finit avec l'affaire qu'ils « avaient entreprise. Cette espèce de société n'a point d'assiette; « elle se dissout, comme elle se forme, sans aucune formalité; « c'est-à-dire qu'il n'y a aucun motif pour ne pas considérer les « associés comme autant de demandeurs, obligés de se confor« mer, dans leurs ajournements, aux règles générales de la ma« tière. »

« Peut-être est-il plus simple et plus juridique de dire que la société *en participation* ne constituant point un être moral, une personne civile, chacun des intéressés doit agir personnellement, et que l'un d'eux ne peut représenter les autres devant les tribunaux. Sans doute, lorsqu'un des intéressés aura géré seul la chose commune, bien qu'il ait plaidé en son nom, les condamnations seront exécutées sur l'actif social; mais, évidemment, elles ne pourront l'être contre la personne et sur les biens des autres participants, qui n'auront été ni parties ni représentés au procès.

« En somme, les arguments de Boncenne, excellents à opposer à ceux de la cour de cassation, ne justifient point sa propre doctrine. »

(1) Art. 20 du code de commerce; *suprà*, n° 359.

(2) *Suprà*, n° 360.

(3) *Ibid.*

(4) *Loc. cit.*

(5) Instit. *de legatis*.

(6) Tome II, p. 132.

(7) *Suprà*, n° 218.

« diligences de M. Deplace, comme directeur et socié-
« taire, auquel les autres associés confèrent tout droit
« à cet égard. »

Deplace fit assigner un sieur Lafontaine, débiteur d'une rente, devant le tribunal de Cherbourg. L'exploit fut donné à ses poursuites et diligences en qualité de membre et directeur de la société. En tête de l'exploit se trouvait copie d'un extrait de l'acte social; mais cet extrait ne contenait que les noms des associés autres que Deplace; il ne contenait pas les autres énonciations voulues par l'art. 61 du code procédure civile.

De là, demande par le défendeur de la nullité de l'assignation. Cette nullité fut prononcée par le tribunal et par la cour de Caen, dont l'arrêt fut maintenu par la décision de la cour suprême précitée. Je renvoie aux recueils pour le texte de l'arrêt de rejet, longuement et fortement motivé. Après avoir posé en principe qu'une société civile forme un être moral, tout aussi bien qu'une société de commerce, vérité que l'arrêt attaqué avait paru révoquer en doute, les considérants cherchent à en atténuer l'effet en se rattachant à cette idée : Nul en France ne plaide par procureur (1); tout mandant doit être en nom dans les qualités de l'instance. Or, dans l'espèce, l'action a été intentée à la requête du directeur seul; et, de plus, l'extrait de l'acte de société, donné en tête de l'exploit, n'indique pas les domiciles des mandants; l'article 61 du code de procédure civile n'a donc pas été observé.

Cet arrêt laisse beaucoup de doutes dans mon esprit. La décision de la cour de Caen, objet du pourvoi, avait cherché à se donner des appuis scientifiques en invoquant *les règles du Digeste*. J'aurais mieux aimé qu'elle se fût informée des précédents de notre législation. Ils sont plus concluants que des textes de lois romaines vaguement invoqués et mal compris. En effet, dans l'ancienne jurisprudence française, malgré l'autorité de la maxime, Nul ne plaide en France par procureur, il était de droit commun que les maîtres et gérants des sociétés tacites étaient personnes capables pour ester en jugement au nom de ces sociétés, pour intenter leurs actions et pour y défendre (2). La société, personne morale, avait pour agent extérieur son maître et gouverneur. Celui-ci en était le représentant légal soit dans les contrats, soit en justice. Ces mêmes tribunaux, qui avaient créé la défense de plaider par procureur, et qui, dans un intérêt politique, la maintenaient avec fermeté; ces tribunaux, dis-je, voyaient dans ces maîtres et gouverneurs la personnification de la société; ils les acceptaient comme ses organes juridiques, de même qu'ils acceptaient le tuteur pour son pupille, le maire pour sa commune, le syndic pour la masse des créanciers, etc. Devons-nous être plus pointilleux sur la forme, aujourd'hui que le droit tend à se simplifier, aujourd'hui surtout que les motifs d'intérêt public sur lesquels reposait la maxime citée par la cour de cassation ont perdu leur gravité?

On admet que la société civile est une personne morale, aussi bien que les sociétés commerciales (3); pourquoi donc ne pourrait-elle pas agir en nom collectif comme les sociétés de commerce? Serait-ce par défaut de raison sociale? Mais une société civile peut en avoir une, à l'égal d'une société collective de commerce. Lebrun nous apprend que les maîtres des sociétés tacites avaient coutume de contracter en ces termes : *Un tel et ses parsonniers ou associés* (4). Qu'est-ce que cela, sinon une raison sociale, sinon cette ingénieuse combinaison, devenue populaire dans la pratique des sociétés commerciales, et dont les sociétés civiles peuvent aussi réclamer leur part? Verra-t-on une raison de différence dans l'absence de solidarité? Mais qu'importe la manière dont les associés sont tenus individuellement? c'est le faisceau des intérêts associés qu'il faut considérer; c'est la société, être moral, investie du droit de propriété et ayant son domaine, ses actions et obligations.

On exige les noms, profession, domicile de tous et chacun des associés; mais n'est-ce pas une contradiction avec la reconnaissance de la société comme être moral? Une fois l'être moral distingué des individus, il faut se contenter des désignations propres à l'être moral, et ne pas s'inquiéter des désignations propres aux individus. Ulpien a dit : *Actor pro universitate interrenit, non pro singulis* (5).

Or, que manquait-il à la désignation de la société dans l'espèce dont nous nous occupons? Rien, ce me semble. Le nom de cette société y était, avec sa raison sociale; sa profession y était aussi, puisque l'extrait de l'acte social, donné en tête de l'exploit, faisait connaître l'objet de l'opération. Enfin, son domicile, qu'il ne faut pas confondre avec celui des associés individuellement, n'était pas indiqué d'une manière moins formelle : c'était celui du directeur, siége de la société.

Telles sont mes raisons de douter; j'ai dû les soumettre à l'attention des esprits studieux.

694 2° (6).

695. Voyons maintenant le droit du gérant de défendre aux demandes dirigées contre la société. On se rappelle le texte des coutumes de Nivernais, Bourbonnais et Berry, si souvent citées dans le commentaire de notre article. On sait que ces coutumes circonscrivaient le mandat légal du gérant dans le droit de défendre aux actions personnelles mobilières et possessoires, et que, pour les actions immobilières, il ne pouvait être convenu que lorsqu'il avait une procuration de ses associés. Cette règle, fondée sur les effets du mandat général, est encore celle des sociétés civiles. Le gérant n'est pas présumé avoir de mandat pour traiter sur de pareils intérêts (7).

L'usage a introduit d'autres idées pour ce qui concerne les sociétés de commerce. On y tient que les

---

(1) Sur cette maxime, voy. MERLIN, *Répert.*, v° *Plaider par procureur*, et *Quest. de droit*, v° *Prescription*, § 15; BONCENNE, t. II, p. 109.

(2) Nivernais, tit. XXII, art. 5, Bourbonnais, art. 268; COQUILLE sur Nivernais, *loc. cit.* (*suprà*, n° 666); LEBRUN, *Des sociétés tacites*, chap. IV, n° 3; AUROUX sur Bourbonnais.

(3) Texte de l'arrêt.

(4) Chap. IV, n° 4. Voy. aussi notre préface.

(5) L. 2, D. *Quod cujusc. universitatis.*

(6) Add. *Alors même qu'il y aurait des administrateurs, l'associé solidaire peut, à ses risques et périls, agir dans l'intérêt social, mais sans troubler l'administration.* — C'est ce qu'enseignent MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 109, où ils disent : « L'associé solidaire, lors même qu'il a délégué ses pouvoirs à des administrateurs, a toujours le droit de faire, à ses risques et périls, sans le consentement de ses coassociés, ou même malgré leur opposition, ce qu'il croit utile à la société, pourvu qu'il ne trouble en rien l'administration ni les opérations sociales. Il pourrait donc se pourvoir en son nom seul, contre un jugement qui porterait grief à la société; et s'il réussissait, la société lui devrait indemnité pour les dépenses qu'il aurait faites, et pour les engagements qu'il aurait pris. Mais s'il échouait dans son procès ou dans son opération, toutes les pertes qui en résulteraient seraient à sa charge personnelle. »

(7) *Junge* DUVERGIER, n° 318.

tiers ont le droit de s'adresser directement au gérant sous la raison sociale, et que ce dernier a un mandat virtuel pour défendre les intérêts sociaux.

Cette exception aux principes du droit civil par est surtout évidente pour les sociétés anonymes et en commandite; comme les tiers ignorent l'existence des commanditaires et des associés anonymes, ils ne peuvent, par la nécessité des choses, que s'adresser au gérant; et, par une conséquence ultérieure, le gérant a le droit et le devoir de défendre à ces actions (1).

On voit que la coutume commerciale a dérogé à la règle d'Ulpien rappelée au n° 691; le gérant ne peut aliéner (2), et cependant il doit répondre aux attaques dirigées par les tiers au sujet des droits immobiliers de la société de commerce.

Au surplus, quelle que soit la nature de l'association, qu'elle soit collective, ou anonyme, ou en commandite, la société doit être assignée devant le juge du lieu où elle est établie (3). De plus, l'assignation doit lui être donnée dans la maison sociale, ou, si elle n'en a pas, en la personne ou au domicile de l'un des associés (4). L'article 69 du code de procédure civile le décide ainsi pour les sociétés de commerce, et il y a parité de raison pour étendre sa disposition aux sociétés civiles. Une société civile, qui s'est constituée en personne morale sous une forme représentative, ne peut trouver mauvais qu'on s'adresse au domicile qu'elle s'est donné; et puis, comment assignerait-on les sociétés anonymes civiles, si l'article 69 n'était pas indicatif plutôt que limitatif?

696. Mais l'exploit devra-t-il contenir le nom de tous les associés?

Cette question se résout par les idées que nous avons exposées aux n°° 692, 693, 694.

697. Le gérant ne peut faire de son chef des innovations dans les immeubles de la société; par exemple, bâtir sur un terrain nu, abatire d'anciens bâtiments pour en faire de neufs, etc.; ce sont là des actes de propriétaire, et l'article 1859, n° 4, est applicable au gérant (5).

698. Quand même il soutiendrait que ces changements sont utiles à la société, il ne peut se les permettre. Consulter ses associés est pour lui un devoir, sinon il s'exposerait à voir les travaux laissés à son compte. Beaucoup de sociétés ont péri par les folles entreprises de leurs gérants, qui, sous prétexte de donner plus d'étendue aux affaires de la société, ont grevé son passif de dépenses ruineuses d'agrandissement, de constructions, etc. (6).

699. Du reste, je ne comprends pas, dans la prohibition faite au gérant, certains changements qui ne tiennent qu'à la destination de la chose. Il pourra louer un corps de logis qu'occupaient les bureaux, et transporter les employés dans des appartements qui étaient loués; si ces innovations administratives doivent faire l'avantage de la société, il est de son devoir de les consacrer par des ordres donnés avec opportunité. Je ne dirai donc pas avec Coquille que toute nouveauté est un mauvais ménage; il y a des changements fâcheux; il y en a aussi de très-bons.

700. Du reste, dans tous les actes pour lesquels il est appelé à interposer son ministère, l'administrateur doit se conformer aux règles de la prudence, et se conduire en père de famille diligent. Il ne suffit pas d'avoir le droit d'administrer; il faut en bien user, et le gérant doit savoir qu'il est tenu envers la société des dommages causés par sa faute (7). « In « primis, quando aliquis præpositus est alieui negotiationi, disait Stracha (8), tenetur de negligentiâ, « et de levissimâ culpâ, præsertim cùm salarium pro « suâ custodiâ lucraretur. » Passons-lui la faute très-légère à cause des idées de l'ancien droit, et ces paroles seront encore la règle de la conduite du gérant!

700 2° (9).

700 3° (10).

---

(1) Cass., 23 août 1836 (DALLOZ, XXXVII, 1, 140; SIREY, XXXVI, 1, 705).

Add. *Jurisprudence.* — Lorsque les statuts d'une société anonyme portent qu'elle sera gérée par cinq administrateurs, dont l'un *dirigeant*, sans qu'il soit particulièrement imposé à celui-ci d'ester en justice, la société est-elle valablement assignée en la personne de ses cinq administrateurs? Rés. aff. (art. 31 du code civil). (13 mars 1839 Bruxelles, 1re chambre. Jur. de B., 1839, 2, 496.)

(2) Même arrêt.

(3) Art. 59 du code de procédure civile.

(4) BONCENNE, tome II, p. 133, fait très-bien remarquer que cette disposition de l'art. 69 n'est relative qu'au lieu où l'assignation doit être donnée.

(5) *Infrà*, n° 738; COQUILLE, *suprà*, n° 666; DUVERGIER, n° 301.

Add. Mais DUVERGIER ajoute : « La règle doit être étendue aux objets mobiliers; car, lorsque la gestion de la société n'exige point qu'on leur fasse subir d'innovations ou de changements, on ne comprendrait pas pourquoi l'administrateur pourrait les dénaturer.

« Toutefois, il y a des sociétés qui ont précisément pour but la modification, même des immeubles qui leur appartiennent. Les administrateurs sont alors, et par la force des choses, armés de pouvoirs qui ne leur appartiennent pas ordinairement.

« Delvincourt, après avoir dit que, « tant que les ouvrages ne « sont pas faits, les associés peuvent s'y opposer, » ajoute que, « lorsque les travaux sont achevés, il faut examiner si les innovations sont utiles, nuisibles ou inutiles; que si elles sont utiles et « qu'elles ne soient pas excessives, il doit en être tenu compte à « l'administrateur, jusqu'à concurrence de la plus value; que si « elles sont nuisibles, il sera tenu de les enlever et de remettre « les choses dans leur premier état; et qu'enfin, si elles sont inutiles, on devra lui permettre d'enlever tout ce qui pourra être « déplacé sans détériorer le fonds. »

« Ces distinctions équitables me paraissent devoir être adoptées. Je pense aussi, avec Duranton, que si les ouvrages ont été exécutés, au vu et su des autres associés, leur silence devra être souvent considéré comme une approbation, qui les rendra non recevables à critiquer les travaux et à en demander la suppression. » Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 99.

MAZERAT sur DEMANTE, n° 578, dit, en cas d'innovation sur les immeubles : « Si l'un des associés a fait *sans opposition* des innovations sur les immeubles, sans consulter ses coassociés (article 1859 4°), rigoureusement on peut soutenir que la société a le droit de les faire détruire : mais je crois que les juges s'y décideront difficilement, et que, hors le cas de graves intérêts, ils n'adjugeront à la société que des dommages-intérêts (*sic* l. 28, ff. *Comm. divid.*).

(6) **Add.** Voy. la note ci-dessus.

(7) Art. 1850; *suprà*, n°° 90, 566 et suiv.

Add. DUVERGIER applique aussi à l'administrateur les principes de l'art. 1850.

(8) Decis. rot. Gen. 171, n° 1.

(9) **Add.** *L'administrateur doit rendre compte de sa gestion à certains intervalles.* — On lit dans DUVERGIER, n° 243 : « L'administrateur doit le compte de sa gestion.

« Il doit le rendre aux époques fixées par le contrat. Si le contrat garde le silence, les associés peuvent exiger qu'il leur soit présenté à certains intervalles périodiques. L'administrateur serait mal fondé à prétendre qu'il n'est tenu de le fournir qu'à la fin de sa gestion; les associés ont évidemment intérêt et droit de connaître fréquemment la situation de la société. Au surplus, en cas de discussion sur les époques auxquelles il convient que les comptes soient rendus, les tribunaux prononceront. »

(10) **Add.** *Le solde de son compte produit intérêt de plein*

700 4° (1). | **700** 5° (2).

Art. 1857. Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire chacun séparément tous les actes de cette administration.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

3° PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 934. *Si l'administration des affaires communes a été partagée entre plusieurs associés, chacun d'eux ne peut faire que les actes relatifs à la partie d'administration qui lui a été confiée.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 34. *Lorsque plusieurs associés sont chargés d'administrer, sans que leurs fonctions soient déterminées, ou sans qu'il ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre, ils peuvent faire séparément tous les actes de cette administration.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 26. Conf. à l'art. 1857.

MOTIFS. — Voy. art. 1856.

SOURCES.

Leg. 1, §§ 13, 14, D. *De exercit. act.* — POTHIER. *Société*, n° 72.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1720. Conf. à l'art. 1857, C. F.
Louisiane. — 2839. Id.
Sardaigne. — 1880. Id.
Canton de Vaud. — 1333. Conf. à l'art. 1857, C. F.
Hollande. — 1674. Id.
Haïti. — 1626. Id.

---

droit. — Ainsi l'enseigne DUVERGIER, n° 344, où il dit : « Le solde en faveur de la société produit intérêt, à partir du jour où les diverses sommes qui concourent à la former ont été employées par l'administrateur à son profit, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu.

« Telle est la règle établie par l'article 1846 pour tout associé; il n'y a pas de raison pour ne pas l'appliquer à l'administrateur. On a fait remarquer que celui-ci y est soumis plus que tout autre, puisqu'il a le caractère de mandataire, et qu'aux termes de l'article 1996 du code civil, tout mandataire doit l'intérêt des sommes qu'il a employées à son usage.

« Cette observation est juste; mais si elle tend à rendre plus stricte l'obligation de payer les intérêts pour celui qui, dans le cours de son administration, a appliqué à ses besoins des sommes appartenant à la société, elle doit, d'un autre côté, faire admettre en sa faveur une distinction, relativement au point de départ des intérêts. »

(1) **Add.** *Différence entre l'associé administrateur et l'associé non administrateur qui reçoit des sommes pour le compte de la société.* — DUVERGIER dit, n° 345 : « Il est de jurisprudence que les deniers appartenant à la société sont censés avoir été employés à l'usage de l'associé qui les a touchés, du jour même où ils ont été entre ses mains, et qu'il doit par conséquent les intérêts à compter de ce jour; à moins qu'il ne prouve qu'il s'est servi des sommes, par lui reçues, dans l'intérêt commun (voy. arrêt de la cour de cassation, du 22 mars 1813; Sirey, XIII, 1, 386). Il faut bien admettre cette présomption; sans cela la règle serait illusoire; il n'y aurait rien de plus facile que de l'éluder; l'associé déclarerait qu'il a gardé l'argent, sans y toucher, et l'on serait presque toujours dans l'impossibilité de prouver qu'il en a fait emploi dans son intérêt personnel. D'ailleurs, l'associé qui n'est point chargé de l'administration, n'est pas obligé de recevoir les sommes qui sont dues à la société; s'il les reçoit, rien ne l'empêche de les verser dans la caisse sociale. Il ne doit donc pas se plaindre, lorsqu'il n'a pas pris cette précaution, que l'on fasse courir contre lui les intérêts de plein droit.

« L'administrateur n'est pas dans la même position; il y a pour lui devoir de faire les recouvrements de la société; et souvent il lui est impossible d'employer sur-le-champ, dans l'intérêt de celle-ci, les sommes qu'il a reçues. Il doit même, presque toujours, conserver un fonds de roulement plus ou moins considérable, selon la nature des opérations qu'embrasse la gestion dont il est chargé. Si donc on lui appliquait dans toute sa rigueur la présomption qu'aussitôt que les fonds sont entrés dans ses mains, ils ont été employés à son usage, on commettrait une souveraine injustice. Il faut reconnaître qu'il pourra, suivant les circonstances, n'être point tenu des intérêts de capitaux qui seront restés oisifs, et qu'il devra être cru, quelquefois sur sa seule allégation, lorsqu'il déclarera, ou qu'il n'a point trouvé d'emploi convenable, ou qu'il a conservé certaines sommes comme fonds de roulement.

« L'art. 1996, je l'ai déjà dit, indique cette distinction. Pour le mandataire ordinaire, il fait courir les intérêts des sommes qu'il a employées à son usage, du jour où l'emploi a eu lieu, et les intérêts des sommes dont il est reliquataire, du jour où il a été mis en demeure. Évidemment, cette disposition ne permet pas de considérer de plein droit comme employés par le mandataire à son usage, tous les deniers qu'il a reçus, du jour même de la réception; puisqu'elle exige une mise en demeure pour faire courir les intérêts des sommes, dont l'apurement de son compte le constitue débiteur. Sans doute, la même faveur ne sera point accordée à l'administrateur d'une société; il reste placé, comme associé, sous l'influence de l'article 1846; mais, comme il est en même temps mandataire, la règle établie par cet article ne lui sera appliquée qu'avec le tempérament dont je viens de parler. En un mot, deux qualités se confondent dans sa personne; elles appellent la combinaison de deux dispositions différentes (dans l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt précité, du 22 mars 1813, le gérant n'a été condamné au payement des intérêts qu'à compter du jour de la dissolution de la société). »

(2) *L'associé administrateur peut, selon les circonstances, être tenu de dommages-intérêts supérieurs aux intérêts calculés au taux légal.* — Voici l'opinion de DUVERGIER, n° 346 : « En faisant ainsi courir les intérêts de plein droit contre l'associé, en décidant que, selon les circonstances, il pourra être exposé à de plus amples dommages-intérêts, on l'assimile à celui qui n'a point fourni au jour fixé par la convention la somme constituant son apport. Par conséquent, il y a lieu de reproduire ici les propositions qui ont été établies en traitant de l'obligation pour chaque associé, de fournir sa mise. Il faut notamment reconnaître que, si l'associé qui fait usage à son profit personnel des sommes appartenant à la société, l'empêche par là de remplir ses obligations, et lui cause une perte quelconque; que s'il lui fait manquer une opération qui lui eût procuré des bénéfices, il lui devra une somme égale à la perte qu'elle aura subie, ou au bénéfice dont elle aura été privée, cette somme fût-elle supérieure aux intérêts calculés au taux légal. »

Art. 1858. S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut, sans une nouvelle convention, agir en l'absence de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 35. *S'il a été stipulé que l'un des administrateurs ne pourra rien faire sans l'autre, un seul ne peut agir, lors même que l'autre est, par maladie ou autrement, dans l'impossibilité de concourir aux actes administratifs, jusqu'à ce qu'il y ait, entre les associés, une nouvelle convention* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 27. Conf. à l'art. 1858.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 35. S'il y a une grande nécessité, l'un des administrateurs doit pouvoir agir sans l'autre, lorsque celui-ci se trouve malade, ou empêché par toute autre cause légitime.

(*b*) MOTIFS.

Voy. art. 1856.

SOURCES.

Leg. 28, D. lib. X, tit. XIII. — POTHIER. *Société*, n° 72.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1730. Conf. à l'art. 1858, C. F.
Louisiane. — 2840. Id.
Sardaigne. — 1881. Conf. à l'art. 1858, C. F., *avec cette addition :* « A moins cependant qu'il n'y ait urgence et que l'omission n'entraîne pour la société un préjudice grave et irréparable.
Canton de Vaud. — 1334. Conf. à l'art. 1858, C. F.
Hollande. — 1675. Id.
Haïti. — 1627. Id.

SOMMAIRE.

701. Des pouvoirs des gérants, quand la société s'en est donné plusieurs.
701 2°. *La faculté d'agir séparément existe-t-elle pour chacun, nonobstant opposition des autres administrateurs ?*
701 3°. *Lorsque l'intérêt de l'associé administrateur est en opposition avec celui de la société, il doit, si cela est possible, répartir le danger. Il n'est pas tenu de sacrifier sa chose pour conserver celle de la société.*
702. Quand les fonctions ont été partagées, chacun doit se tenir dans la branche d'administration à lui déléguée.
703. Quelquefois il est dit que l'action sera simultanée. Effets de cette clause.
704. Elle donne aux affaires sociales une marche moins rapide, mais plus sûre.
705. Elle est souvent nécessaire dans les sociétés qui embrassent de grandes affaires de commerce.
De là la stipulation que les billets négociables ne seront obligatoires qu'autant qu'ils seront été signés par plusieurs gérants.
706. La légalité de cette stipulation a été contestée dans les sociétés collectives.
Réponse à cette opinion extraordinaire.
707. Lorsque l'action doit être simultanée, l'un des gérants ne peut agir seul quand même l'autre serait dans l'impossibilité d'agir, et qu'il y aurait urgence.
708. Les résolutions des gérants doivent avoir pour elles l'unanimité ; l'opposition d'un seul arrête l'opération. *Quid* si l'opposition était de mauvaise foi ?
709. Transition à l'article suivant, qui s'occupe du cas où le contrat de société n'a pas constitué de gérant.

COMMENTAIRE.

701. Dans les sociétés dont les opérations sont étendues, l'administration n'est pas toujours confiée à un seul gérant, et il arrive que plusieurs associés en sont chargés. Dans ce cas, ils ont pouvoir pour faire séparément tous les actes de cette administration, à moins que leurs fonctions n'aient été déterminées, ou qu'il n'ait été exprimé que l'un ne pourrait agir sans l'autre (1). « Pluribus sociis habentibus facultatem administrandi quilibet tenetur in solidum « (dit Straccha en parlant des sociétés de commerce) « de administratis per unem ipsorum (2). » A part la solidarité, cette règle s'applique aux sociétés civiles comme aux sociétés de commerce.

701 2° (3).

701 3° (4).

702. S'il a été fait un partage de l'administration,

---

(1) POTHIER, n° 72.

Add. *Jurisprudence.* — Le copropriétaire d'une usine, exploitée en commun, est légalement représenté par son associé devant le tribunal de police (19 février 1835. Cr. c. DALLOZ, XXXV, 1, 174).

(2) Decis. rot. Gen. 176.

(3) **Add.** *La faculté d'agir séparément existe-t-elle pour chacun, nonobstant opposition des autres administrateurs ?* — MALEPEYRE sur DURANTON, n° 571, répond : « Quand le droit d'administrer est conféré à plusieurs expressément, quoique, d'après l'article 1857, chacun des administrateurs puisse agir séparément, il y a parfaite analogie pour appliquer ici l'article 1859 1°, qui traite du cas où le mandat est tacite, et décider que, si l'un des administrateurs veut faire une opération, les autres peuvent y former opposition. Une sage administration consiste autant à empêcher de mauvaises spéculations qu'à en faire de bonnes. »

(4) **Add.** *Lorsque l'intérêt de l'associé administrateur est en opposition avec celui de la société, il doit, si cela est possible, répartir le danger. Il n'est pas tenu de sacrifier sa chose pour conserver celle de la société.* — DUVERGIER dit, n° 332 et 333 : « La position de l'administrateur devient fort délicate, lorsque son intérêt personnel est en opposition avec celui de la so-

chacun doit se renfermer dans sa fonction ; un mandat est quelque chose de limité ; il ne faut pas le dépasser.

703. Que s'il a été stipulé que l'un des gérants ne pourra agir sans l'autre, l'action simultanée est seule autorisée, et l'un ne saurait rien faire sans le concours de l'autre, lors même que celui-ci serait dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration (1).

704. Cette clause, exclusive de l'action isolée des gérants, est souvent prudente. L'administration d'une société est un pouvoir dont on est peut-être tenté d'abuser. Combien de fois n'a-t-on pas vu d'infidèles gérants se servir de la signature sociale pour leurs propres affaires ! Combien n'y en a-t-il pas dont les mains imprudentes ont dilapidé le capital confié à leurs soins, et fait évanouir les espérances de succès les mieux assurées ! On a donc cherché à se prémunir contre ce danger, en substituant à l'administration d'un seul l'action collective. La marche des affaires est peut-être moins rapide ; mais elle est plus sûre.

705. C'est surtout dans le vaste mouvement des affaires commerciales qu'il a été nécessaire de donner aux sociétés une telle garantie. Aussi trouve-t-on souvent dans leurs statuts la clause, que certains engagements commerciaux, par exemple les billets négociables, ne seront obligatoires qu'autant qu'ils auront été signés par plusieurs des gérants.

706. On apprend avec surprise, par l'utile ouvrage de Horson (2), que la validité de cette clause a été contestée en ce qui concerne les sociétés collectives, et qu'il a été sérieusement soutenu que l'essence de ces sociétés est, que chaque associé puisse user, seul, de la signature sociale et obliger ainsi la société à l'égard des tiers. Evidemment, les contradicteurs que cet écrivain a si bien réfutés ne sont pas jurisconsultes. Je reprocherai même à Horson d'avoir poussé la courtoisie pour eux, jusqu'à leur concéder que l'art. 22 du code de commerce est rédigé avec une obscurité qui sert d'excuse à leurs doutes. L'article 22 du code de commerce est parfaitement clair, si l'on prend la peine de le combiner avec l'art. 1858 du code civil.

Les arguments que Horson a battus en brèche, tout en leur donnant trop d'importance, se réduisent à deux :

1° Tout associé collectif a droit d'engager la société, et celui auquel on refuse le droit de signer n'est plus qu'un commanditaire.

Mais cette assimilation est assurément fort singulière ; car on ne refuse pas à l'associé le droit de signer : on le lui accorde, au contraire ; mais on ne veut pas qu'il signe seul. Le commanditaire a-t-il part dans la signature ?

Quand même on refuserait à un associé toute participation quelconque à la signature, la société ne cesserait pas pour cela d'être collective. Cet associé peut avoir d'autres fonctions ; et, dans tous les cas, l'inaction ne suffit pas à elle seule pour faire le commanditaire ; il faut encore la suppression du nom, et la stipulation que la responsabilité s'arrêtera à la mise.

2° L'art. 22 du code de commerce porte que les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour tous les engagements de la société, quand même un seul des associés aurait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale. Donc, dit-on, quelles que soient les restrictions du contrat, une seule signature suffira pour que les tiers aient la société pour obligéa.

Mais comment ne voit-on pas que cet article est fait pour les cas ordinaires, pour les cas où aucune clause limitative ne rompt l'égalité entre associés, et qu'il ne concerne pas les cas *extraordinaires* (3), où la signature sociale a été l'objet d'une délégation spéciale ? Jousse en avait fait la remarque sous l'empire de l'ordonnance de 1673, dont l'art. 22 du code de commerce a été extrait ; et cette remarque subsiste d'autant plus, que l'art. 1858 du code civil, auquel

ciété, et qu'il ne peut conserver l'un qu'en sacrifiant l'autre. Toutefois, ni la loi, ni l'équité n'exigent de lui un effort de vertu et de désintéressement tel qu'il doive perdre ce qui lui appartient, plutôt que d'exposer à un dommage ce qui appartient à la société. Cette obligation est imposée à l'emprunteur dans le prêt à usage, par des considérations qui, évidemment, ne sont point applicables à l'associé.

« Tout ce qu'on peut raisonnablement lui demander, c'est qu'il fasse, si cela est possible, une répartition égale du mal ou du danger entre sa chose et celle dont la société est propriétaire.

« Dans le cas où cette équitable transaction entre son intérêt et l'intérêt social serait impraticable, certainement on ne saurait considérer comme une faute la préférence qu'il aurait accordée au sien.

« Au demeurant, lorsque, plus jaloux du bien commun que de la prospérité de ses affaires personnelles, il aura fait un acte profitable à la société, et qui pourrait lui nuire à lui-même, il ne sera point admis à revenir sur sa détermination. Les avantages qu'il aura procurés à ses associés leur seront définitivement acquis.

« Aucun texte n'établit ces règles d'une manière générale et expresse ; mais elles dérivent des articles 1848 et 1849, qui les présupposent, par la solution qu'ils donnent à deux espèces particulières. »

Voy. ci-dessus ce qui a été dit sur l'art. 1850.

(1) POTHIER, n° 72.

(2) T. I, p. 23. Voy. aussi FRÉMERY, p. 40, note, et *infrà*, n° 899.

Add. Voici cette note de FRÉMERY : « Le droit de donner la signature sociale et d'obliger ainsi la société, a été toujours et invariablement considéré comme un mandat, conféré par les associés, soit à l'un ou à plusieurs d'entre eux, soit à un tiers non associé. Le statut d'Arezzo, 1536, le déclare positivement, p. 51, tit. *De obligatione sociorum*. Quand on commença à prendre des mesures pour prévenir les abus, tels que la retraite ou dénégation d'un associé, le droit d'émettre la signature sociale fut un des points sur lesquels la coutume exigea de l'authenticité ; ainsi chacun eut le droit de refuser une signature sociale, si, préalablement, il n'en avait donné connaissance au consul des marchands, et de faire protester une lettre de change quand l'accepteur au nom social n'avait pas rempli cette formalité ; de même cette signature obligeait les mandants tant que la révocation n'en fut pas rendue publique par les mêmes moyens (bulle du pape Pie V, 25 novembre 1569 ; stat. de Bergame, 1591, ch. CXXIII, p. 55 ; Zimmerl, t. I, p. 241). Le consentement tacite des associés put aussi être invoqué contre eux (Stracche, p. 362, rote de Gênes, décis. 39, n° 9) ; mais nul acte, nul règlement ni usage, n'a donné lieu de supposer que le simple fait d'une association en nom collectif, donnât nécessairement à chacun des associés le droit d'émettre la signature sociale. Ce pouvoir n'a jamais dérivé que du consentement exprès des coassociés ; et depuis qu'on a rendu publics les actes de société, cette convention a dû naturellement s'en expliquer (Savary, t. I, p. 353 ; Bornier, t. II, p. 471 ; Pothier, *Société*, n° 98 ; Jousse, sur l'édit. de 1673, tit. IV, art. 7). C'était donc une prétention très-mal fondée que de voir une dérogation à ce droit immémorial dans l'art. 22 du code de commerce (Horson, quest. sur le code de commerce, 5 et 9 ; Pardessus, t. IV, n° 1023), et de conclure de sa rédaction que l'associé en nom collectif avait toujours le droit d'obliger la société en signant sous la raison sociale. »

(3) Art. 43 du code de commerce. Voy. aussi les autorités citées par FRÉMERY, *loc. cit.*

l'art. 22 du code de commerce doit être référé, lui prête aujourd'hui une autorité législative (1).

Que parle-t-on ensuite des tiers exposés à être trompés par ces pactes arbitraires! Les tiers ont pu s'éclairer par la publicité donnée aux clauses ordinaires et extraordinaires d'une société en nom collectif. Tant pis pour eux s'ils se sont contentés d'une seule signature, quand il en fallait plusieurs. Ils n'auront d'action contre la société qu'autant qu'ils prouveront que la chose a tourné au profit de la société (2). Tel est l'usage du commerce; il est immémorial; il est sage et rationnel.

707. Nous avons dit que lorsque le concours de plusieurs associés est nécessaire pour la gestion, l'un d'entre eux ne peut agir seul, alors même que les autres seraient dans l'impossibilité actuelle de concourir aux actes d'administration (3).

On a prétendu qu'en cas d'urgence il le pourrait (4): mais c'est là substituer son sentiment à la volonté de la loi. L'associé, qui prendrait sur lui d'agir en l'absence de ses cogérants, ne serait excusé qu'autant qu'il rapporterait la ratification de ceux-ci.

708. Les résolutions des gérants ne sont susceptibles d'être mises à exécution qu'autant qu'elles sont prises à l'unanimité. L'opposition et l'abstention d'on seul suffisent pour arrêter l'opération (5). Ce n'est pas ici un de ces cas où la majorité dicte la loi à la minorité (6). La clause est formelle; l'accord de tous est une condition nécessaire.

Mais si l'un des gérants opposait une résistance de mauvaise foi à de sages et utiles propositions, ce serait un cas de dissolution (7); et la société, arrêtée dans sa marche, blessée dans ses intérêts, pourrait même obtenir des réparations (8).

709. Ici se terminent les observations qui concernent l'administration des gérants. Les articles suivants vont nous entretenir du cas où aucun pacte n'a constitué d'administrateur; ils nous montreront comment la société fonctionnera par le concours simultané de tous ses membres.

Art. 1859. A défaut de stipulations spéciales sur le mode d'administration, l'on suit les règles suivantes :

1° Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement; sauf le droit qu'ont ces derniers ou l'un d'eux de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit conclue ;

2° Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à la destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit ;

3° Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société ;

---

(1) *Junge* LOCRÉ, *Esprit du code de commerce*, t. I, p. 188.

(2) Art. 1864 du code civil, *infrà*.

(3) N° 703.

(4) DELVINCOURT, t. III, p. 228, notes; DUVERGIER, n° 303.

Add. Où ce dernier dit, n° 303 : « Je crois cependant, dit « Delvincourt, que s'il y avait urgence, on rentrerait dans le « droit commun, d'après lequel chaque associé peut administrer. »

« Je pense aussi que l'un des administrateurs peut valablement agir seul, lorsque les autres se trouvent dans l'impossibilité de lui prêter leur concours, et que d'ailleurs les circonstances sont graves et pressantes; mais je n'admets pas la raison que donne Delvincourt.

D'abord on a vu précédemment que, lorsque l'administration organisée par le contrat se trouve hors d'état de fonctionner, chaque associé ne recouvre pas, par cela seul, le droit et les pouvoirs que lui accorde la loi, en l'absence de toute convention. La société qui n'a plus les gérants conventionnels qu'elle s'était donnés, ne retombe point sous l'administration collective de tous ses membres; or il n'y a aucun motif pour distinguer entre le cas de suspension temporaire et celui d'extinction définitive et absolue des pouvoirs des administrateurs.

« D'ailleurs, si l'on admettait l'opinion que je combats, non-seulement l'un des administrateurs, mais chacun des associés pourrait agir; et il y aurait pour tous, non-seulement droit, mais obligation; car, on le sait, dans l'état normal, l'administration est pour chaque associé plus qu'une faculté; c'est un devoir.

« Ces conséquences sont évidemment inadmissibles, et je suis convaincu qu'elles n'étaient pas dans la pensée de Delvincourt.

« Je crois donc qu'en cas d'urgence, l'un des administrateurs agit seul valablement, si les autres sont dans l'impossibilité de se réunir à lui; j'ajoute même qu'il serait blâmable s'il n'agissait pas. Mais je décide ainsi, parce qu'en disant que l'un ne pourrait agir sans l'autre, même lorsqu'il y aurait impossibilité de concours, la loi a certainement eu en vue les circonstances ordinaires, les cas où il n'y a point d'inconvénient à suspendre et à différer; parce qu'il serait déraisonnable de supposer qu'elle commande également l'inaction, alors qu'il y a urgence à faire certains actes. »

L'opinion de DELVINCOURT est également critiquée par MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 90, où ils disent : « Cependant, s'il y avait urgence, si les intérêts de la société pouvaient être gravement compromis par le moindre retard, nous pensons que le coadministrateur aurait le droit d'agir, à la charge de convoquer, dans le plus bref délai, ses coassociés pour prendre, en commun, les mesures que les circonstances exigeront. »

Les annotateurs de ZACHARIÆ, § 380, partagent l'opinion de DUVERGIER; il en est ainsi de MALLEVILLE; de DALLOZ, ch. I, sect. III, § 5, n° 3; de DURANTON, n° 438; de FAVARD, *Société*, p. 214, n° 8.

(5) PARDESSUS, t. IV, n° 1015; DUVERGIER, n° 304.

Add. L'unanimité entre eux, disent ces deux auteurs, est nécessaire, parce qu'elle est une garantie de leur gestion, et une condition de leur mandat.

(6) *Infrà*, n° 720.

(7) Art. 1871.

(8) DURANTON, t. XVII, n° 439.

Add. DUVERGIER, n° 305.

Infrà, n° 719.

Add. Op. conf. de ZACHARIÆ, § 380. Ses annotateurs ajoutent : « L'étendue de la responsabilité se détermine en pareil cas, d'après le principe posé par l'art. 1992, et d'après les règles développées au § 413. »

DURANTON dit, n° 439 : « Ce serait au juge, si la dissolution de la société était demandée avant l'expiration du temps convenu, avec ou sans dommages-intérêts, à voir, d'après les circonstances du fait, si l'associé qui a refusé de concourir à l'acte, ou qui s'y est opposé formellement, a agi par humeur ou mauvaise foi, ou s'il a pu raisonnablement croire que l'acte n'était pas nécessaire, ni même simplement utile à la société, le doute s'interpréterait même en sa faveur : *In re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat*, dit l'opinion dans la loi 28, ff. *Communi divid.*»

4° L'un des associés ne peut faire d'innovation sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si les autres associés n'y consentent (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 36. *Lorsque dans l'acte de société il n'y a point de convention sur l'administration, on suit les règles suivantes :*

1° *Les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement, sauf le droit qu'ont ces derniers, ou l'un d'eux, de s'opposer à l'opération avant qu'elle soit connue.*

Art. 37. 2° *Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie aux usages auxquels elles sont destinées, et qu'il ne s'en serve pas de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit ou contre l'intérêt de la société.*

Art. 38. 3° *Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire, avec lui, les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société* (*a*).

Art. 39. 4° *Un associé ne peut faire aucun changement ni innovation sur les immeubles dépendants de la société, sans le consentement de ses associés, quand même cette innovation serait avantageuse à la société.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 28. Conf. à l'art. 1859.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — Art. 38 du projet. C'est aussi une des principales obligations de tout associé, de répondre aux appels de fonds nécessaires pour suivre les entreprises qui ont été l'objet de la société.

TRIB. DE NANCY. — Art. 36. Les art. 37, 38, 39, 40 et 41 ne sont que des paragraphes de l'art. 36 ; l'imprimeur s'est trompé en faisant tant d'articles.

TRIB. DE ROUEN. — Art. 31. Il faut réformer les derniers mots de cet article, et dire : « S'ils ne lui en ont conféré le pouvoir. »

(*b*) MOTIFS.

Voy. art. 1856.

SOURCES.

Leg. 12, 28, D. *Comm. divid.* — Leg. 27, § 1, D. *De servit. urban. præd.* — Leg. 11, D. *Si servitus vind.* — *Secùs*, leg. 68, D. *Pro socio.* — Leg. 16, D., lib. XII, tit. 1. — Leg. 34, D., lib. IV, tit. VIII. — Leg. 4, Cod., lib. VIII, tit. X. — POTHIER. *Société*, n°s 90, 83, 84, 153, 85, 86, 87, 88.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1731. Conf. à l'art. 1859, C. F.
Louisiane. — 2841. Id.
Sardaigne. — 1882. Id.
Canton de Vaud. 1333. Id.
Hollande. — 1676. Conf. à l'art. 1859, C. F.
Haïti. — 1628. Id.
Prusse. — 206. Id.

SOMMAIRE.

732. Suite. Réponses à des objections.

733. L'usage individuel ne doit pas modifier la destination sociale.

§ 3.

734. Chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses nécessaires pour la conservation de la chose.

735. Ici ne s'applique pas le § 1 de l'art. 1859, et ce n'est pas le cas de la maxime : *In re pari, melior est causa prohibentis*.

736. Il ne faut pas confondre avec ces dépenses nécessaires de conservation, les améliorations dispendieuses, les additions voluptuaires.

737. Un associé ne pourrait pas obliger non plus ses coassociés à reconstruire la chose sociale qui aurait péri.

§ 4.

738. Un associé ne peut faire d'innovations sur les immeubles sociaux. C'est le cas de la règle : *In re pari, melior est causa prohibentis*.

739. La majorité ne peut, dans le cas d'innovation, faire violence à la minorité.

739 2o. Quid *si un associé en a fait à l'insu de ses coassociés ?*

740. Réflexions générales sur les quatre paragraphes de l'article 1859.

741. Suite.

742. Suite.

743. Transition à l'art. 1860.

COMMENTAIRE.

710. Le silence d'un acte de société sur le mode d'administration est une preuve manifeste que les associés n'ont pas voulu créer entre eux de hiérarchie, et que l'égalité, qui est dans leur droit, a été aussi dans leurs vues d'association. Cette volonté est respectable, puisqu'elle est l'une des conditions du nœud social : elle peut avoir été déterminée par des nécessités de position, qui ont fait préférer un concours collectif à une délégation du pouvoir d'administrer. Aussi, le législateur la prend-il en grande considération, s'en rapportant, sur la sagesse de ce choix, à la sagacité des parties et à l'aiguillon de l'intérêt individuel. Mais, tout en la tenant pour légitime, il cherche à prévenir les débats anarchiques que l'égalité entraîne trop souvent avec elle, par une définition des droits et des devoirs de chacun relativement à l'administration et aux choses dépendantes de la société.

711. L'art. 1859, qui trace ces limites, est le résumé de tout ce que le droit romain et l'ancienne jurisprudence (1) ont recueilli là-dessus de plus sage et de plus conforme à l'esprit de la société, à la nature de ses rapports et au but de son institution; et, toutefois, il n'a pas échappé à la sévérité de critiques récentes (2). On a prétendu qu'au lieu d'établir l'harmonie, il organise des collisions, sans donner les moyens de les terminer; qu'il s'applique à mettre en présence des intérêts opposés et à exciter la contradiction; qu'au lieu d'associer, il divise, etc. On voudrait que nulle société ne pût exister qu'à la condition de constituer avant tout un pouvoir directeur des affaires sociales, etc. Enfin, cette nécessité d'une direction hiérarchique a paru si grave et si importante, qu'on la met bien au-dessus des sages restrictions apportées par l'art. 1833 à la liberté des conventions pour maintenir l'équité dans les parts de bénéfices et de pertes (3)!

Sur cette préférence, cependant, j'ai un mot à dire : c'est que ce gouvernement auquel on veut soumettre toute société quelconque, par intérêt pour l'esprit d'association, ne saurait jamais être qu'une chose d'utilité; tandis que la prohibition des sociétés léonines et usuraires est de stricte justice et de haute morale. Où en sommes-nous donc si l'utile doit l'emporter sur le juste? Et que sera-ce de la science du droit, que sera-ce de sa grandeur et de sa noblesse, si la préoccupation du lucre affaiblit, en quoi que ce soit, sa glorieuse et antique prédilection pour l'honnête?

Mais, même en plaçant la question sur le terrain de l'utilité, je n'aperçois pas, je l'avoue, en quoi l'article 1859 fait défaut aux exigences de l'esprit d'association. Je passerai tout à l'heure en revue chacune de ses dispositions; on verra si elles ne sont pas tout à la fois l'expression des vrais principes, et la consécration des droits les plus incontestables; on verra si elles ne mettent pas chaque associé à sa vraie place, en conciliant la liberté d'action avec l'équilibre dans les volontés respectives. Dès à présent, toutefois, et sans entendre faire aucune allusion défavorable à l'estimable écrivain dont je combats ici la doctrine, je ne puis m'empêcher de signaler une prétention contre laquelle j'ai déjà eu l'occasion de m'élever (4) et qui consiste à vouloir réglementer toutes choses, même celles dans lesquelles les intérêts privés doivent conserver le plus d'indépendance. Depuis longtemps, on nous parle sans cesse, *et usque ad nauseam*, de la liberté politique dont nous avons au moins autant qu'il nous en faut; et, par un contraste dont je ne puis assez m'étonner, j'entends souvent les bouches les plus libérales prêcher la perpétuelle intervention de la loi dans l'ordre civil, où la liberté a bien moins d'inconvénients que dans l'arène des partis politiques. Il semble que, dans chaque affaire, pour chaque combinaison et chaque difficulté, il faille une prohibition pour garantie, une nullité pour sanction. La spontanéité humaine paraît à ces esprits un tel embarras dans le gouvernement des affaires privées, qu'ils ne voient pas assez de textes pour la gêner, assez de formules pour l'encadrer comme une immobile figure. C'est là un travers fâcheux ; c'est un contre-sens avec les tendances de notre siècle. Déjà (pour ne pas sortir de la matière des sociétés) nous avons vu des consciences timorées ne pas dormir en paix, tant que les commandites n'auront pas été dépossédées de leur raison sociale, de leurs actions au porteur, de la divisibilité de leur capital en actions quelconques (5). Je ne sais combien d'entraves ont été imaginées sur ce sujet si fécond en projets avortés. Aujourd'hui, c'est autre chose : on veut forcer les sociétés à se donner des chefs, à créer pompeusement une hiérarchie administrative, à *s'organiser*, comme le disait Alfieri dans sa profonde ironie (6).

Quoi! des chefs, alors même que la société ne sera composée que de deux ou trois personnes de bonne amitié et de bon accord, vaquant chacune avec un

(1) Voy. POTHIER, nos 84 à 90 et 133; *Répert. de jurisprud.*, vo *Communauté tacite*, § 4; LEBRUN, *Des sociétés tacites*, chap. IV.

(2) DUVERGIER, nos 7, 280, 286.

(3) *Ibid.*, no 281.

(4) *Suprà*, nos 406, 150, et notre préface.

(5) *Suprà*, no 400, et notre préface.

(6) Que font les Français? lui demandait-on à son retour en Italie d'un voyage en France. *Ils s'organisent!* Mot excellent et toujours vrai.

égal dévouement et une égale aptitude aux affaires sociales ! Quoi ! des chefs à une société qui n'en veut pas, parce que le petit nombre de ses membres et le peu d'étendue de ses opérations la dispensent d'en avoir ! Des chefs à des associés, qui ne sont entrés dans la société qu'à la condition d'y faire leurs affaires eux-mêmes, et qui n'y auraient pas apporté leurs capitaux et leur industrie, s'ils n'avaient été sûrs d'y tout voir de leurs propres yeux !

Ayons donc plus de confiance dans l'intelligence des hommes de notre siècle ; ils valent bien ceux qui, autrefois, à Rome, en France et ailleurs, ont rendu tant de sociétés florissantes par les moyens que l'on condamne, et avec la liberté que l'on veut leur ravir.

Pour moi, je ne mets pas si facilement en doute la perspicacité de l'intérêt privé à trouver le biais le plus utile. Sans oublier qu'il y a des dupes à protéger, des fripons à déconcerter, je crois qu'il faut aussi tenir compte de la volonté des pères de famille prudents, et qu'une certaine latitude doit être laissée à leurs calculs personnels. Les lisières soutiennent quelquefois ; quelquefois aussi elles sont une entrave qui fait tomber.

Que le législateur soit toujours attentif à maintenir dans les conventions la bonne foi, c'est son premier devoir comme gardien de la morale et interprète du juste ; qu'il ne néglige rien non plus de ce qui peut diriger les parties dans les voies de l'utile : il le doit comme tuteur des intérêts sociaux. Mais il y a aussi des bornes qu'on ne saurait dépasser ; il y a des sanctuaires libres à la porte desquels on doit s'arrêter. L'autorité et la liberté ne sont pas plus ennemies dans la pratique de la vie civile, que le libre arbitre et la prescience divine dans la théologie.

Au surplus, le projet de réforme, qui, avec beaucoup d'autres que j'ai déjà combattus, m'inspire ces réflexions, est de tout point impossible et inexécutable. Quelles sociétés seront assujetties à se donner un ou plusieurs chefs ? Toutes sans exception ? Vous allez à l'absurde. Les sociétés nombreuses ? Mais qu'est-ce qu'une société nombreuse ? Où commence-t-elle ? Est-ce à trois, est-ce à dix ? Et puis, s'il n'y a qu'une certaine classe de sociétés soumise à la nécessité d'une administration élue, pourquoi faire le procès à l'article 1859 ? Est-ce parce qu'il a été prévoyant ? N'a-t-il pas dû porter son attention sur l'autre classe de sociétés dont le gouvernement est collectif ?

Bien plus, comme l'autorité ne se donne qu'à la confiance, et que la loi ne saurait décerner par elle-même un brevet d'aptitude et de capacité, il faudra qu'elle commande un choix aux associés. Mais comment amènera-t-elle des hommes, qui n'ont voulu que s'associer et non pas se soumettre entièrement, à s'effacer eux-mêmes au profit de l'un d'entre eux ? Les forcera-t-elle à s'accorder ? Mais ce sera les forcer à se dissoudre. Et, alors, quel encouragement à l'esprit d'association ! Utile progrès, qui privera le commerce de tant de sociétés en nom collectif qui marchent, sans froissements quoique sans chefs, à des résultats prospères !

Non ! ne tombons pas dans l'exagération ; laissons la loi ce qu'elle est, et ce qu'elle a dû être, c'est-à-dire confiante jusqu'à un certain point dans la sagacité des parties, et peu soucieuse de systèmes exclusifs. S'il y a la monarchie des abeilles, il y a aussi la république laborieuse des fourmis. N'enlevons pas aux associés le libre choix entre deux régimes, qui ont tantôt leurs avantages et tantôt leurs inconvénients. Souvent, en voulant faire la loi plus habile que les individus et plus prudente qu'elle n'a voulu l'être, on risque de la rendre importune et tracassière.

Ce préambule me conduit directement à l'étude du mode d'administration de la société, alors que le contrat ne s'en est pas occupé. Notre article se subdivise en quatre paragraphes ; nous les suivrons dans l'ordre du code.

§ 1.

712. La société est faite pour agir, et quand l'action n'a été donnée à personne, elle appartient à tous. C'est la première règle posée par l'art. 1859 (1) ; elle sort de la nature des choses ; elle est la conséquence de l'égalité qui règne entre associés. Là où les risques sont partagés, où les bénéfices sont communs, l'action et le travail sont un tribut que chacun doit à ses consorts.

Ainsi, chaque associé sera de droit administrateur de la chose sociale ; il sera censé avoir reçu de la société le mandat d'administrer et de faire, sous le contrôle de tous, l'avantage de l'entreprise. Préposé pour bien faire, il aura devant les yeux l'art. 1850 qui lui demande la diligence du père de famille diligent ; et il se soumettra à cette tâche avec d'autant plus de dévouement, qu'outre l'espérance des gains qui est dans le but de la société, il est assuré que la société le rendra indemne de tout ce qu'il aura promis, avancé, ou perdu pour elle (art. 1852) (2).

713. On a prétendu que cette réciprocité d'efforts et de travail n'avait été admise, par l'ancien comme par le nouveau droit, que par une suite de ces idées sentimentales de confraternité, que l'on croit (à tort, comme je l'ai dit ci-dessus) (3) avoir trop étouffé jusqu'à ce jour, dans le contrat de société, l'idée économique de la production des bénéfices (4). Thèse pour thèse, on pourrait tout aussi bien soutenir le contraire, en disant : Cette participation collective à l'action sociale démontre jusqu'à l'évidence que les associés n'ont pas eu assez de confiance les uns dans les autres, pour abdiquer leur privilège natif ; il y a là comme une opinion de soi, qui fait qu'en accordant beaucoup aux autres, on ne leur accorde cependant pas tout, afin de pouvoir exercer soi-même sa part de surveillance et de coopération. On craint un administrateur élu et irrévocable comme un maître dangereux ; par défiance d'une autorité qui peut aller trop loin, on veut être présent pour la contrôler et la contre-balancer. Est-ce là l'amitié aveugle qui néglige son intérêt ?

714. Ce mandat tacite, suite de cette confiance limitée dont je viens de parler, comprend tout ce qui est du ressort d'une procuration générale : acheter, payer, recevoir ; passer bail ; vendre les choses vénales, etc., etc. (5). Dans le paragraphe qui nous occupe,

---

(1) *Junge* RACCLIN, part. V, concl. 364 ; DESPEISSES, sect. II, n° 18 ; LACAUX, ch. IV, n° 4.

(2) *Suprà*, n° 601.

Add. DUVERGIER dit, n° 283 : « Ajoutons que les associés se font une *obligation* réciproque d'administrer l'un pour l'autre ; et il cite le passage du rapport de BOUTTEVILLE. »

LECLERCQ, t. VI, p. 245, justifie le principe de la loi en disant : « Lorsqu'on n'a proposé personne, il n'y a pas de motifs pour dire que l'un est plutôt administrateur que l'autre ; il n'y a pas de motifs de préférence : il suit donc que tous doivent l'être ou personne. Ce dernier parti est impossible ; il faut donc que tous le soient, et que tous aient des pouvoirs égaux. »

(3) *Suprà*, n° 7.

(4) DUVERGIER, n° 7.

(5) Voy. *infrà*, n°s 744 et suiv., le comm. de l'art. 1860.

l'art. 1859 est copié d'un passage que Pothier avait écrit pour la société commerciale en nom collectif (1). C'est qu'en effet, sauf la solidarité qui est particulière aux sociétés de commerce, toute société non conditionée est une société en nom collectif, quand même elle serait société civile. Ainsi, ce que peut faire un administrateur nommé, l'administrateur virtuel doit le faire seul, en cas d'urgence, sans attendre le consentement exprès de ses associés (2).

715. Et tous ces actes réfléchissent contre la société; ils obligent de plein droit chacun des associés pour leur part et portion; car leur silence est considéré comme une approbation (3). S'étant réservé la surveillance et l'action, ils sont censés donner leur assentiment en laissant faire ou laissant aller. Les sociétés commerciales en nom collectif n'ont que la solidarité qui les éloigne de ces idées (4); au fond, elles reposent sur les mêmes principes, et le droit d'obliger la société par l'emploi de la signature sociale en est une émanation (5).

716. Cependant, comme cette réflexion de l'acte d'un seul sur le patrimoine de tous a pour base une simple présomption, l'art. 1859 s'arrête, lorsqu'une désapprobation formelle fait taire la volonté présumée devant la volonté contraire exprimée. C'est pourquoi, il reconnaît aux associés, ou à l'un d'eux, le droit de s'opposer à l'acte d'administration avant qu'il ne soit consommé (6). Ce droit n'est pas donné à la société quand elle s'est livrée à un administrateur élu (art. 1856); on en a vu ci-dessus les raisons (7). Mais, ici il est perpétuellement en réserve; il est l'arme de cette défiance légitime que je plaçais il n'y a qu'un instant à côté de la confiance qui a rapproché les parties.

717. Pour justifier ce droit d'opposition, Pothier (8) a cité un texte célèbre de Papinien : *In re pari, potiorem causam esse prohibentis constat* (9). Nous ferons remarquer, pour être exact, que le jurisconsulte romain parle, non pas d'un cas de simple administration, mais d'un cas d'innovation sur la chose commune (10), ce qui est fort différent, ainsi que nous le dirons bientôt (11). Toutefois, la sentence de Papinien repose sur une idée si rigoureusement logique, qu'il est impossible de ne pas l'étendre aux actes d'administration (12). Puisque la société a la responsabilité de l'acte, elle doit avoir le droit de s'y opposer quand elle le trouve préjudiciable; et si la résistance est égale à l'action, *in re pari*, l'acte reste en suspens. Supposez deux associés dont l'un veut une chose, tandis que l'autre la croit mauvaise; le doute naît de ce conflit, et, dans le doute, il faut s'abstenir. Un proverbe aussi juste que la maxime de Papinien a proclamé cette règle de la prudence et de la raison; et, à vrai dire, le brocard du grand jurisconsulte de Rome n'en est que l'expression scientifique (13).

718. Quelques jurisconsultes ont enseigné que l'opposition à un acte d'administration nécessaire, et rentrant dans le but de la société, ne peut empêcher l'action de l'associé qui veut s'y livrer. Felicius prétend qu'un associé a le droit, malgré l'autre, de vendre les choses vénales (14), de faire couper les taillis (15), de louer les choses destinées à être affermées (16), en un mot, de faire tout ce qui est utile à la société (17). Cette doctrine ne me semble vraie qu'à l'égard de l'administrateur nommé par le contrat de société; elle est hasardée, quand il s'agit d'un associé dont le pouvoir est égal au pouvoir de l'associé opposant. Elle est de nature à mettre le désordre dans la société, et à favoriser l'imprudence et l'obstination. Felicius, et les auteurs qu'il cite, oublient que cet associé, auquel ils donnent tant de liberté, peut mal vendre les choses vénales, opérer imprudemment la coupe des taillis, louer à de mauvais locataires les choses sociales; qu'il peut être prudent de l'empêcher d'agir seul, sans contrôle et sans surveillant. Pothier me paraît avoir été bien plus vrai, quand il commande à l'associé de s'arrêter en pareil cas sur l'opposition de son coassocié; et le code civil, en préférant l'opinion de Pothier, a donné plus de garanties de bonne gestion à la société.

719. On a cependant soutenu, dans un ouvrage récent (18), que Pothier et le code n'ont fait autre chose qu'introduire l'anarchie dans le régime des sociétés, par ce respect pour le veto d'un ou plusieurs associés. Je ferai une grande concession à l'auteur de cette critique. Oui, il est possible quelquefois que l'un des associés contredise l'autre par esprit de dispute, par malveillance pointilleuse et jalouse; je le reconnais sans difficulté, et cependant je n'admets pas que la loi ait failli.

D'abord se serait-on imaginé, par hasard, que les sociétés civiles et commerciales sont inaccessibles aux passions, et que la paix éternelle y a enfin trouvé sa patrie? Est-ce donc que le législateur n'a pas su que

---

(1) POTHIER, *Société*, n° 90.

(2) Voy. *suprà*, nos 666 et suiv.

(3) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, n° 284.

(4) Art. 22 du code de commerce.

(5) Même article.

(6) POTHIER, n° 90, par arg. de PAPINIEN, l. 28, D. *Comm. divid.*

(7) *Suprà*, n° 670.

(8) N° 90.

(9) L. 28, D. *Comm. divid* (Lib. [illegible]st. *Papin.*) *Junge* CUJAS sur ce texte.

(10) *Junge* MARCELLUS, l. 11, D. *Si servit. vindic.*, qui dit : « *Nam prohibendi potiùs quàm faciendi jus est in socio.* » Il s'agit aussi d'une innovation.

(11) *Infrà*, n° 724.

(12) CUJAS l'appelait : « *pulchra ratio,* QUÆ APTARI POTEST « MULTIS CAUSIS. » *Loc. cit.*

(13) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 95 : « Lorsqu'il y a égalité de droits entre deux personnes, et que l'une d'elles veut faire un acte auquel l'autre s'oppose, il est plus naturel de s'en abstenir. *Nam prohibendi potiùs quàm faciendi jus est in socio* (L. 11, D. *Si serv. vind.*). »

ZACHARIÆ dit, § 382 : « Cependant une opposition qui serait évidemment injuste et qui ne procéderait que d'un esprit de vexation ou d'une obstination blâmable, pourrait être levée par les tribunaux et motiver contre l'associé opposant une demande en dommages-intérêts, ou même, selon les circonstances, une demande en dissolution de la société. »

Ses annotateurs ajoutent : « Il semble cependant que la responsabilité de l'associé opposant doive, dans ce cas, être appréciée moins sévèrement que celle de l'administrateur qui, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1858, aurait, par son refus injuste de concourir à un acte d'administration, causé quelque préjudice à ses associés. » (Cf. DURANTON, XVII, 439 et 440.)

DURANTON, n° 440, dit en parlant du droit d'opposition : « Mais cela doit s'entendre principalement des actes d'innovation, et non généralement des simples actes d'administration, car pour ceux-ci il faut admettre le tempérament (le droit de dissolution par les tribunaux), dont il vient d'être parlé, à plus forte raison dans l'espèce, où l'acte de société ne porte point que l'un des associés ne pourra agir sans l'autre. »

(14) C. 28, n° 18.

(15) N° 17.

(16) N° 29.

(17) Nos 33 et 34.

(18) DUVERGIER, n° 286.

l'esprit contentieux pourrait animer les associés; que des tracasseries remplaceraient quelquefois la concorde et l'union; que la mauvaise foi y aurait du temps en temps sa place? Le législateur a si bien prévu la possibilité de ces extrémités qu'il en fait autant de cas de dissolution de la société (1). Eh bien! c'est ce qui arrivera si les deux associés, perdant confiance l'un dans l'autre, empêchent, par leurs débats, la société de marcher. L'anarchie produira ici ce qu'elle produit toujours : elle dissoudra la société. La loi a pensé qu'il valait mieux séparer les associés que d'entreprendre de réformer leur caractère, ou de les contraindre à une paix déguisée. Une société ne peut vivre et prospérer que par la confiance réciproque; quand la discorde s'est glissée dans son sein, il vaut mieux qu'elle périsse.

Au surplus, l'associé qui aura suscité de mauvaise foi des entraves aux opérations administratives bien entendues sera passible de dommages et intérêts (2); et la crainte de cette peine sera presque toujours un frein contre les oppositions capricieuses.

Mais, pour quelques hypothèses assez rares où l'opposition est dictée par l'animosité, dans combien d'autres cas n'est-elle pas un acte de prudence respectable? Et alors lui donnera-t on le nom d'anarchie? N'est-ce pas plutôt une sauvegarde tutélaire et un remède contre des actes aventureux? N'est-il pas présumable que la voix calme et amie d'une personne coïntéressée sera écoutée, et que les parties arriveront à se concilier? Au surplus, vous ne vous entendez pas, associés, quoi chacun croyez de bonne foi avoir raison. Eh bien! si le débat est de conséquence; s'il vous fait craindre les zizanies, séparez-vous; entre vous deux, la loi n'a pas d'option à faire; elle ne saurait prendre parti dans vos différends sur des affaires passagères, sur des occasions qui sont déjà passées. Elle ne peut que vous répondre par cette vérité mathématique : *In re pari, potior est causa prohibentis*. Deux forces égales qui pèsent l'une contre l'autre empêchent le mouvement (3).

Pierre et Paul sont associés pour faire le commerce des draps; Pierre, croyant qu'il y a une bonne opération à faire à la foire de Beaucaire, veut s'y transporter pour y acheter des marchandises; Paul pense, au contraire, que l'occasion est défavorable et qu'on perdra sur cette spéculation : il y met opposition. Comme toute affaire sociale doit être faite d'accord et qu'ici il y a conflit d'opinions, celle-ci ne se fera pas; ou bien, si Pierre persiste à donner suite à son projet, l'opération ne sera pas sociale; elle deviendra individuelle et sera à son compte exclusif; et s'il prend souvent à Pierre de ces velléités d'agir en sens contraire de son coassocié, on se séparera, la société étant devenue impossible avec un homme qui n'a foi qu'en ses seules idées : comme aussi, si Paul oppose toujours son *veto*, Pierre fera bien de ne plus maintenir la vaine image d'une société entre deux personnes qui ne s'accordent plus.

Tout cela me paraît d'un bon sens palpable; c'est la logique dans ce qu'elle a de plus clair; c'est l'intelligence des intérêts privés dans ce qu'elle a de plus prudent et de mieux combiné.

720. Mais quand nous mettons en présence deux puissances qui se neutralisent dans leur action, et que nous disons : *In re pari, potior est causa prohibentis*, nous entendons que ces deux forces seront égales : *in re pari*. Ainsi, voilà deux associés, dont l'un propose, l'autre s'oppose : en voilà dix, cinq d'un côté, cinq de l'autre. C'est dans un tel partage de forces égales qu'il y a doute, et qu'on s'abstient (4).

Je ne conçois pas que Pardessus parle de recourir à des arbitres pour vider le partage. Le partage est tout vidé; les opposants l'emportent.

Mais, au lieu d'un partage de voix, supposez une majorité et une minorité : alors la thèse change; il n'y a plus l'*in re pari*. Entre ceux qui veulent et ceux qui ne veulent pas, c'est la majorité qui décide (5); et la minorité doit se soumettre; l'existence de la société est à ce prix. A la vérité, le code ne le dit pas; mais le code n'a pas tout dit, et la raison, la doctrine, l'usage lui servent de supplément.

Objectera-t-on que l'article 1859, en consacrant le droit d'opposition, se sert d'expressions qui semblent indiquer que l'opération qui en est frappée ne doit pas avoir lieu? Ce serait étendre hors de ses justes limites la signification de l'article 1859. Oui! il consacre le droit de s'opposer : il l'accorde même à un seul des associés; mais il ne dit pas quels seront les effets de cette opposition, ni ce qu'elle deviendra; c'est à l'interprétation à le décider. Or, si cette opposition a une vertu définitivement prohibitive entre des volontés égales placées en présence, elle doit céder à la majorité quand le plus grand nombre se prononce contre elle. Il y a une grande différence entre la rédaction de l'article 1859, et la rédaction de l'art. 1858 qui exige l'unanimité (6).

721. J'ai invoqué des autorités graves; les voici : Nous lisons d'abord dans la loi 160, § 1, D. *De reg. juris*, tirée des écrits d'Ulpien : « *Refertur ad universos*, quod publicè fit per *majorem partem*. » C'est la puissance de la majorité appliquée à la discussion des intérêts des corps municipaux et autres ayant un caractère public (7). Là domine la majorité; c'est elle qui fait loi, soit qu'il s'agisse de disposer, soit qu'il s'agisse d'administrer.

Dans les sociétés privées, la majorité a aussi sa grande autorité. Ces sociétés forment un corps moral, et c'est une vérité reconnue et attestée par Bartole (8) et par les auteurs les plus graves (9), que toutes les fois qu'une agrégation de personnes s'est constituée en corps moral, la majorité l'emporte sur la minorité.

Mais il y a cette différence entre les corps moraux publics et les corps moraux privés, que la majorité n'a de puissance chez ceux-là que pour l'administration, tandis que chez ceux-ci la majorité fait loi au-

(1) Art. 1871.

(2) *Suprà*, n° 708.

(3) Arist., *Metaphysic.*, lib. V; arg. de la loi 198, D. *De reg. juris*. Add. DUVERGIER, n° 285, cite aussi ce principe.

(4) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 124.

(5) PARDESSUS, t. IV, n° 979; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 122.

(6) *Suprà*, n° 708.

(7) *Junge* ULPIEN, l. 3 et 4, D. *Quod cujusc. universit.*; et SCÆVOLA, qui dit, dans la loi 19, D. *Ad municipalem* : « Quod « major pars curiæ effecit, pro eo habetur et si omnes egerint. »

(8) BARTOLE sur la loi 2, § *Ex his*, D. *De verbor. obligat.*, n° 4, dit en effet : « Glossa dicit quod statur dicto majoris partis. « Sed illud non est verum. *Tunc enim statur dicto majoris par-« tis, quando sunt communia pluribus ut universis; secùs, in « pluribus ut singulis.* » Et il argumente de la loi 8, D. *De pactis* et de l'autorité de DYNUS.

En effet, la loi 8, D. *De pactis*, qui est de PAPINIEN, proclame le droit de la majorité dans les unions de créanciers. *Plurium numerus creditorum præferendus est.*

(9) Voyez dans IMBERT, *Enchir.*, v° *Si un des compaignons*, le résumé de l'opinion de JASON, conforme à ceci. J'ai cité dans ma préface l'ancien exemple de la société du Basacle à Toulouse, qui consacre le droit de la majorité.

tant pour la disposition des choses que pour la simple administration (1). La raison de cette différence est sensible ; les corps moraux publics en général n'ont pas de fin ; ils ont été créés avec une pensée de perpétuité ; et cependant, dans le cours de cette longue vie, ils sont sujets à des besoins imprévus qui pourraient compromettre leur existence s'il n'y était pourvu à temps. Que faire alors? Demandera-t-on à l'unanimité des suffrages une solution? Non, sans doute ; l'unanimité est trop rare, trop difficile à obtenir, pour qu'on fasse dépendre de ce hasard inespéré les conditions de durée de ces corps importants. Il a donc fallu vaincre les dissensions par une force supérieure, et investir la majorité du pouvoir de mettre fin aux dissensions intestines. Dans les sociétés privées, d'autres idées dominent. Si la majorité doit être l'arbitre de l'administration, qui ne saurait rester paralysée ou suspendue, il n'en est pas de même de la disposition des choses qui a été réglée par un contrat, et qu'un contrat, fruit de l'unanimité des volontés, peut seul modifier. Que si ces volontés ne s'accordent pas sur certaines nécessités inopinées, si des froissements portent atteinte à la prospérité des opérations, on se séparera, et les parties ne s'en prendront qu'à elles-mêmes d'avoir été imprévoyantes dans l'organisation de leur régime social (2).

722. On a demandé si la majorité devait se former par tête, ou bien si l'on ne devait pas accorder à chaque associé autant de voix qu'il aurait de parts ou d'actions dans la société (3). Mais il n'y a pas de doute que, dans nos usages, chaque associé n'a qu'une voix, et que toutes les voix sont adéquales (4). Mesurer la puissance du vote sur l'étendue de l'intérêt, c'est appliquer à faux la maxime que l'intérêt est la règle de la position des associés. Cette maxime n'est vraie que pour le partage des bénéfices et des pertes ; elle est inapplicable à la délibération, où l'on cherche le bon conseil, la connaissance des affaires, le dévouement à la prospérité de l'association. Toutes ces qualités sont indépendantes de la part d'intérêt. Celui-là est le plus gros capitaliste de la société, qui en est peut-être le moins éclairé. Tel n'a qu'une part modique dans une société, qui tient plus à cette part, qui a plus d'intérêt à la conserver, que l'opulent financier dédaigneux de l'opération dans laquelle il n'a pas fait entrer des millions. Il n'y aurait donc pas de plus faux calcul que de régler, sur la part dans la société, l'influence du vote : autant vaudrait dire qu'un homme n'est capable et zélé qu'à proportion du nombre de ses actions. L'intelligence, la probité, le dévouement ne se pèsent pas dans la balance qui sert à peser une pièce de monnaie ; ce sont des vertus dont l'intérêt ne donne pas le tarif. Et comme la loi ne peut décider *à priori* quels sont les associés qui en sont doués à un plus haut degré, elle soppose entre eux l'égalité (5).

723. Si plusieurs opinions se forment dans le sein

---

(1) *Infrà*, n° 724.

(2) **Add.** DUVERGIER dit sur la question, n° 286 : « Mais lorsque rien n'a été stipulé, et que par conséquent chaque associé est administrateur avec un pouvoir égal, il n'y a pas d'autre moyen, pour mettre un terme aux dissentiments, que d'appeler tous les associés à délibérer sur les intérêts communs, et d'accorder à la majorité le droit de décider. Pardessus, n° 979, n'hésite pas à le lui attribuer par le motif que, « si les associés sont plus de deux, « il ne serait pas moins difficile d'obtenir l'unanimité des opi« nions, que déraisonnable de ne rien faire, parce que tous les « intéressés ne seraient point d'accord. »

» La disposition de l'art. 1859, qui reconnaît à chaque associé le droit de s'opposer à une opération, avant qu'elle soit consommée, ne doit pas s'entendre en ce sens, qu'une résistance individuelle élève un obstacle absolu, que ne puisse surmonter la volonté du plus grand nombre. Elle signifie seulement que l'opposition d'un associé suffit pour arrêter l'exécution d'une opération projetée par un ou plusieurs autres ; mais cet obstacle temporaire doit céder à la décision de la majorité.

» Il faut bien qu'il en soit ainsi, quoique la loi ne le dise pas expressément ; car réduire la société à l'inaction parce qu'un associé refuserait obstinément de consentir à une opération, ce serait, en définitive, faire prévaloir le vœu de la minorité dans les délibérations sociales. Les mœurs et les opinions de notre temps, non moins que la raison, condamnent un pareil système ; et je ne présume pas qu'on songe sérieusement à l'appuyer sur l'axiome : *In re pari potiorem causam esse prohibentis constat*. Si la loi romaine, à laquelle est emprunté ce brocard, avait précisément prévu la question, ce qui est certainement fort douteux ; malgré cette grave autorité, il ne faudrait pas moins s'en tenir à l'idée simple et juste, qui fait de la majorité des associés le pouvoir régulateur des opérations sociales.

» Quelques auteurs, notamment Bacquet (chapitre XXIX, n° 24) et Despeisses (*Société*, section, II, nos 8 et 9), établissent une distinction qui, mal comprise, paraîtrait repousser l'opinion que j'adopte. Ils enseignent que, lorsqu'une chose est commune à plusieurs, comme personnes particulières et singulières, ce qui est fait par le plus grand nombre ne lie point les autres ; mais qu'au contraire, lorsqu'une chose est commune à plusieurs faisant collége ou université, ce qui est fait par la plus grande partie d'eux doit être gardé et entretenu par les autres, pourvu que ceux-ci aient été légitimement appelés.

» Voici la raison qu'ils donnent pour accorder, dans un cas, à la majorité, une influence qu'ils lui refusent dans l'autre. « Celui « auquel, disent-ils, quelque chose est commun avec plusieurs « comme personnes particulières et singulières, a certaine part et « portion de la chose, mais ce qui est commun à plusieurs comme « représentant un collége ou une université ne peut pas être dit « appartenir en partie à un seul dudit collége ou université, mais « à l'université ou collége. C'est pourquoi, ajoutent-ils, on a cru « juste que celui qui avait certaine portion en la chose commune « ne fût pas obligé de suivre la volonté de ses associés, qui ne peu« vent rien faire à son préjudice ; mais que celui qui ne pouvait pas « dire y avoir aucune part certaine ne jouissait pas de ce droit. »

» Par ces locutions *collége ou université*, entend-on désigner exclusivement des corporations ou établissements publics, et c'était-il à raison de ce caractère, que la volonté du plus grand nombre était déclarée prépondérante? Ou bien la distinction était-elle fondée sur la différence qui existe entre le fait de communauté et l'état de société? Quoiqu'on pût conclure de quelques expressions contenues dans le passage que j'ai cité, qu'entre associés proprement dits on reconnaissait à un seul le droit de résister aux délibérations prises par plusieurs, dans la réalité l'autorité accordée au vote de la majorité était subordonnée à la question de savoir si chaque cointéressé était ou n'était pas propriétaire d'une partie distincte et certaine de la chose commune. C'est là ce que Despeisses trouve juste, et c'est ce qui est en effet décisif. Lorsque chacun, malgré l'état d'indivision et de communauté, reste propriétaire de sa part, il n'est pas possible de l'assujettir, quant au mode de jouissance et d'administration, à la volonté de ses copropriétaires. Quand, au contraire, une société a été constituée, c'est à la personne civile formée par la réunion de tous les associés qu'appartiennent les choses mises en commun ; et par conséquent il est rationnel de régler la gestion selon le vœu de la majorité. »

(3) Voy. la loi 7, § dernier, et l. 8, D. *De pactis*.

(4) Les deux lois citées dans la note précédente en décidaient autrement pour les unions de créanciers formées dans le but de faire une remise au débiteur commun.

(5) PARDESSUS, t. IV, n° 979 ; DUVERGIER, n° 288. Ces auteurs donnent d'autres raisons, qui me paraissent peu concluantes. MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 131.

Add. Voici les motifs de DUVERGIER : « On vient de voir que, favorables ou funestes, les effets des résolutions prises par

de l'assemblée, et qu'aucune d'elles ne réunisse la majorité absolue des suffrages, c'est-à-dire la moitié plus un, il faut s'abstenir tout aussi bien que dans le cas de partage des voix (1). Pardessus (2), et après lui Duvergier (3), croient, au contraire, que ceux dont l'avis est le plus faible en nombre doivent se réunir à l'un des deux plus forts, de telle sorte qu'il n'y ait plus que deux opinions; ou bien qu'en cas de refus, on recoure aux arbitres, comme en cas de contestation entre associés.

Cette doctrine n'est pas soutenable; l'argument tiré de l'article 117 du code de procédure civile manque de force. Comme un tribunal saisi d'une contestation doit nécessairement dire droit aux parties, la loi ne pouvait se dispenser de tracer aux juges une marche, pour sortir de la situation négative où les place l'absence de majorité. Mais, dans une société, c'est tout autre chose; le doute conduit à l'abstention, et la mesure proposée n'a pas lieu.

Quant au recours aux tribunaux ou à des arbitres, à l'instar du cas de contestation entre associés, c'est encore un faux aperçu. Les arbitres ne sont pas juges de l'opportunité d'une mesure d'administration; et, après tout, il n'y a pas de contestation *non résolue* entre associés. La diversité des avis aboutit à la solution donnée par la sage maxime : *In re pari, potior est causa prohibentis* (4).

724. Mais, remarquons-le bien! ce droit de la majorité d'obliger la minorité n'existe que pour les affaires de l'administration; son omnipotence ne va pas jusqu'à pouvoir changer les conventions primitives sur lesquelles s'appuie l'existence même de la société. Ici la résistance d'un seul des associés suffit pour rendre inutiles les projets de la majorité (5). Il faut rester dans les termes du contrat, ou se dissoudre; l'unanimité seule peut altérer les conditions constitutives de la société, et substituer en quelque sorte un contrat à un contrat (6). J'ai fait plus haut l'application de cette doctrine au cas où la majorité déciderait une augmentation du capital social (7). J'ai dit que la minorité peut se refuser à un appel de fonds, qui ne serait pas prévu par les statuts. On verra plus bas qu'elle ne pourrait contraindre les associés récalcitrants à des dépenses imprévues pour augmenter les bâtiments, les machines, etc., etc., et faire des innovations aux immeubles de la société (8). Enfin, on trouvera un nouvel exemple de cette vérité dans le commentaire de l'article 1860 (9). Elle est consacrée

---

les membres d'une société se distribuent, en définitive, selon la part déterminée pour chacun dans les pertes ou dans les bénéfices. Il semble donc naturel de conclure que l'autorité doit être partagée entre les associés, d'après les mêmes bases. Fallût-il chercher la solution de la question, en se plaçant exclusivement à ce point de vue, il y aurait encore à réfléchir, avant d'adopter cette conséquence qui paraît d'abord si logiquement déduite. Mais la difficulté se présente sous un autre aspect que Pardessus a fort bien saisi. Il a fait remarquer que les membres des sociétés sont tenus solidairement envers les tiers; j'ai complété l'observation, en rappelant que, dans les sociétés civiles, chacun est obligé pour une portion égale, en sorte que, sous ce rapport, la position de tous les associés est la même, et leur intérêt véritablement semblable, malgré la différence de leurs apports et l'inégalité de leurs droits dans l'actif social. Si donc on envisage les résultats définitifs des délibérations des associés, on est porté à accorder à chacun autant de voix qu'il a de parts dans les bénéfices ou dans les pertes; si l'on considère la manière dont ils sont tenus envers les tiers, on est conduit à donner à tous la même autorité. Il faut opter entre ces deux systèmes. Le second s'attache à un effet exceptionnel et transitoire des délibérations, car toutes n'engendrent pas des obligations envers les tiers, et d'ailleurs lorsqu'un associé a payé à un créancier de la société plus que sa part proportionnelle, il est indemnisé dans la liquidation. Le premier, au contraire, va au fond des choses et s'appuie sur des résultats constants et généraux.

« Cependant, c'est l'égalité des droits pour chaque associé qui doit, à mon avis, l'emporter. Autrement il arriverait que l'un des associés, ayant à lui seul un intérêt plus grand que les intérêts réunis de tous les autres, serait l'arbitre souverain de la société; l'administration lui appartiendrait en entier; il n'y aurait plus qu'un simulacre de délibération, puisque seul il ferait la majorité. Même lorsque les choses ne seraient pas poussées à cette extrémité, lorsque aucun des associés ne se trouverait ainsi érigé, par la quotité de son apport, en maître absolu des autres, il y aurait toujours un grand danger à donner aux volontés de quelques-uns la prépondérance sur le vœu du plus grand nombre. Je comprendrais qu'on ne réduisît pas à l'égalité absolue des associés inégalement intéressés dans les opérations sociales, et qu'on donnât un léger surcroît d'autorité, un vote un peu plus puissant, à celui dont l'apport serait plus considérable. Par là, d'une part, l'intérêt de chacun ne serait pas absolument sans influence sur l'étendue de son pouvoir; et d'un autre côté, on n'étoufferait pas l'opinion de tous sous l'opinion d'un seul. C'est ainsi que, dans la plupart des sociétés en commandite qui se sont formées depuis quelques années, on a réglé le droit de suffrage dans les assemblées générales; on n'y donne point au porteur de dix ou de vingt actions, dix ou vingt voix; mais on lui en accorde un nombre plus grand qu'au porteur d'une action unique. Il est à regretter que la loi n'ait point indiqué une semblable combinaison. Malheureusement il n'est pas possible de suppléer à son silence, et de s'arrêter ainsi à un terme moyen; il faut choisir, je le répète, entre deux extrémités : l'égalité absolue ou l'inégalité proportionnelle. Celle-ci a de trop notables inconvénients, elle sacrifie trop violemment le petit au grand, le pauvre au riche, le porteur d'une action au porteur de cent, pour qu'on puisse l'admettre comme règle des délibérations sociales. D'ailleurs, les résolutions qui engagent la société envers les tiers doivent aussi être prises en considération; et l'on a vu combien il est juste d'établir pour celles-ci l'égalité entre tous les associés, puisque tous sont également tenus des obligations qu'elles créent, sauf leur recours toujours éventuel contre leurs coassociés. »

(1) *Suprà*, n° 720.

(2) T. IV, n° 980.

Add. Où Pardessus dit : « Il peut arriver que diverses propositions, excédant le nombre de deux, partagent les associés : par exemple, que sur douze, cinq soient d'un avis, quatre d'un autre et les trois autres encore d'un différent. L'opinion des premiers a pour elle la pluralité des suffrages, c'est-à-dire qu'elle est soutenue par un plus grand nombre d'associés que chacune des deux autres; mais elle n'a pas la majorité absolue, c'est-à-dire, la moitié plus un. Il ne paraît donc pas convenable de la préférer; car il est évident qu'elle n'est pas celle de la minorité, puisque huit des associés la rejettent, quoique par des motifs différents. Il faut donc que les associés continuent leur délibération en prenant de nouveau les voix : ceux dont l'avis est le plus faible en nombre doivent se réunir à l'un des deux plus forts, de telle manière que la délibération ne soit plus partagée qu'en deux avis; et s'ils s'y refusaient, ou s'il y avait nombre égal de chaque côté, on ferait juger, comme en cas de contestation entre les associés.

(3) N° 289.

(4) *Junge* Malepeyre et Jourdain, n° 133; *suprà*, n° 720, pour le cas de partage des voix.

(5) Arg. de la loi 28, D. *Comm. divid.*; Papinien : *Prohibere socius à socio ne quid faciat, potest*; *suprà*, n° 701.

(6) Felicius fait très-bien la distinction entre la disposition et l'administration, cap. XXVIII, n° 35. *Junge* Pardessus, t. IV, n°s 889, 980; Duvergier, n° 187.

(7) N°s 181, 182.

(8) *Infrà*, n°s 738, 739, au § 4 de l'art. 1859.

(9) *Infrà*, n° 744.

par les textes (1), par les auteurs (2) et par le raisonnement (3).

724 2° (4).

724 3° (5).

725. Au surplus, on pourrait se demander si, dans le droit de la majorité sur la minorité pour les choses de l'administration, la société ne différerait pas de la communauté simple, en ce que, dans l'état d'indivision résultant de la communauté, la majorité n'obligerait pas la minorité.

Toute l'ancienne jurisprudence repoussait le droit de la majorité. Nous avons vu ci-dessus l'opinion de Bartole (6); je puis y ajouter celle de Balde (7), de Gomès (8), de Jason résumée par Imbert (9), de Bac-

---

(1) ULPIEN, l. 10, D. *De aquâ* : « Si autem plures ejusdem « loci domini, undè aqua ducitur, *omnium voluntatem* esse se- « quendam non ambigitur. » Et la loi 28, D. *Comm. divid.*, précitée.

(2) BACQUET, *Droits de justice*, ch. XXIX, n° 14; FELICIUS, *loc. cit.*

(3) **Add.** *Jurisprudence.*—La délibération votée par la majorité n'est obligatoire pour la minorité qui l'a repoussée ou qui n'y a pris aucune part, qu'autant qu'elle a pour objet une mesure de simple administration, sauf le cas d'exécution volontaire (10 mars 1841. Civ. c., Lyon, Michaud. DALLOZ, XLI, 1, 173).

— On ne peut voir une simple mesure d'administration dans la délibération des actionnaires d'une société civile qui autorise les syndics, en cas de refus, par un des associés, de payer son contingent des dépenses dans un délai fixé, à retenir la part lui revenant des produits en nature, moyennant un prix déterminé arbitrairement et jusqu'à extinction de la dette. Par suite, cette libération n'est pas obligatoire pour les associés qui n'y ont pas adhéré (même arrêt).

—La majorité des actionnaires d'une société formée pour la construction d'un pont de péage, ne peut, contre l'opposition de la minorité, abaisser les tarifs au-dessous des bases fixées par l'ordonnance royale de concession, sans même que l'offre d'une indemnité puisse vaincre la résistance de la minorité (21 juillet 1841, Toulouse; DALLOZ, XLII, 2, 87).

— L'associé actionnaire qui a reçu un dividende de sommes perçues en vertu de mesures qu'il a combattues, et qui, sur sa demande, ont été repoussées par un jugement, doit être réputé n'avoir fait que recevoir ce qui lui revenait comme actionnaire, mais sans entendre adhérer aux mesures dont il s'agit (même arrêt).

(4) **Add.** *Dans le cas où par l'acte de société on n'a préposé personne à l'administration, si par un acte postérieur on nomme un administrateur spécial, les pouvoirs des associés cesseront-ils ?* — O. LECLERCQ répond, t. VI, p. 247 : « Je le crois, parce que la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire vaut révocation du premier, à compter du jour où elle a été notifiée à celui-ci. La constitution spéciale, donnée par un acte postérieur, doit avoir quelques effets. Il faut donc que le mandataire spécial ait un pouvoir plus grand que celui qu'il avait avant sa procuration, ou du moins qu'il ait un autre pouvoir, sans quoi l'acte de constitution serait complétement inutile. Or, si les autres associés conservaient toujours leurs pouvoirs, celui-ci ne recevrait rien, puisque avant sa procuration il pouvait également administrer.

« Voilà donc encore des administrateurs révoqués, quoiqu'ils soient constitués par l'acte même de société. Cela est vrai; mais j'ai dit qu'on ne pourrait révoquer l'administrateur nommé spécialement par l'acte de société, que parce que son pouvoir faisait partie intégrante du contrat, et qu'on ne pouvait le changer sans le consentement mutuel de toutes les parties, et, dans l'espèce, nous avons ce consentement.

« De là il suit qu'on ne peut constituer un administrateur par un acte postérieur, sans le consentement de tous les associés, et qu'un seul pourrait s'y opposer : ceci résulte de ce que je viens de dire et de la disposition de l'art. 1859. Cette constitution peut être considérée comme un acte d'administration, auquel un seul peut s'opposer.

« On me dira contre ce dernier motif, que l'associé a seulement le droit de s'opposer à une opération avant qu'elle soit conclue. Or, supposons que la constitution soit donnée en l'absence d'un seul associé, celui-ci ne pourrait plus s'y opposer, puisque c'est une opération terminée. Je réponds que, dans ce cas, l'administrateur nommé par acte postérieur et par une partie des associés, n'aura d'autre pouvoir que celui que ces associés pouvaient lui donner. Or, ils ne pouvaient certainement pas ôter aux associés dissidents le pouvoir d'administrer qu'ils tiennent de la société, et par conséquent, ils en continueront l'exercice. Je suppose cinq personnes, unies par un acte de société qui ne contient aucune stipulation sur le mode d'administration; trois d'entre elles, à l'insu de la quatrième, donnent une procuration à la cinquième; quel sera le résultat de cette constitution ? Le quatrième associé pourra toujours administrer, et le cinquième administrera, tant pour lui que pour ses trois commettants; d'où il suivra qu'il ne sera pas seul responsable de sa gestion envers celui qui ne l'a pas constitué; mais ses commettants répondront encore des dommages qu'il pourra occasionner par sa faute, tandis qu'il en eût été seul responsable, s'il n'avait pas accepté la procuration des autres. Il suivra encore que ce quatrième, qui n'a pas donné de procuration pourra s'opposer à une opération que le cinquième voudra faire avant qu'elle ne soit conclue, parce que ce mandataire n'exerce d'autres pouvoirs que ceux qui lui ont été donnés, et ceux-ci étaient de nature à être paralysés par l'opposition du quatrième avant la conclusion de l'opération. » Voy. ci-après, n° 739.

(5) **Add.** *Cas dans lesquels l'avis de la majorité n'empêche pas la minorité d'agir.*—PARDESSUS, n° 981, dit sur ce point : « Néanmoins lors même que la majorité a pris une résolution, la nature des choses peut permettre encore que des associés soient admissibles à faire, à leurs risques, périls et fortune, ce que cette majorité a refusé. Supposons en effet qu'une société ait été condamnée, et que la majorité ne juge pas convenable d'attaquer, par une voie légale, la condamnation prononcée, un seul associé, quoique non administrateur, a cette faculté. L'intérêt est la mesure de toutes les actions; et puisque tout associé doit supporter, dans une proportion quelconque, les dettes de la société, comment pourrait-il n'avoir pas droit de concourir, par tous les moyens qui sont en lui, à les diminuer ? Il est bien vrai que celui qui a obtenu la condamnation, n'en aura pas moins ses droits entiers contre la société, pour toute sa créance intégrale; mais dans le cas où l'actif, n'étant pas suffisant pour acquitter les dettes, ce créancier voudrait agir contre les associés en particulier, il n'aurait pas d'action contre celui qui aurait fait infirmer la condamnation. Ce dernier serait en outre déchargé de sa part contributoire envers ses coassociés, qui auraient à s'imputer l'acquiescement par eux donné à la condamnation. »

Jurisprudence.—Un associé est recevable à se pourvoir en son nom seul en cassation contre un jugement rendu par défaut contre la société dont il fait partie et contradictoirement avec lui, comme membre de cette société (30 ventôse an 11. Civ. c., Deschuytener, DALLOZ, XII, 116; DALLOZ, II, 1071, n° 1, 7).

(6) N° 721.

(7) Sur la loi 1, C. *Qui testamentum facere possunt.*

(8) *De locat. conduct.*, n° 14. Item quæro si duo, vel plures habent domum, fundum, vel rem communem cum alio, et unus eorum, vel major pars vult *locare*, alius non... cujus contractus valeat et teneat... In quo articulo breviter *et resolutive* dico, quod ad hoc ut valeat contractus totius rei, *requiritur consensus omnium*, et non sufficit consensus *majoris partis*, vel ejus *socii qui habet majus jus*... quia requiritur *consensus omnium junctim vel separatim*.

(9) *Enchirid.*, v° *Si un des comp.* Il est vrai qu'IMBERT dit que si la maison était à trois et que deux l'affermassent, *le tiers sera tenu d'ester à la ferme*. Mais il ajoute que c'est seulement si la maison avait accoutumé d'être louée. Car si elle n'avait pas accoutumé d'être louée, il faudrait l'unanimité. On peut d'autant moins voir ici la puissance de la majorité, que BALDE, auquel renvoie IMBERT, dit que lors même que la maison ne serait qu'à deux, le bail fait par un seul, dans le cas où la maison était louée

quel (1), de Despeisses (2), etc., etc.

On pourrait cependant puiser une objection dans l'article 826 du code civil, qui décide que c'est la majorité des cohéritiers qui doit décider si l'on doit vendre les meubles de la succession pour l'acquit des dettes de la succession.

Mais tout ceci se concilie par une distinction. Pour les choses de nécessité et d'urgence, comme aussi pour les choses qui sont accoutumées d'être faites, la majorité oblige la minorité (3). Mais, pour les circonstances ordinaires de disposition ou d'administration, les commonistes doivent se réunir dans une volonté unanime; autrement, il faut s'abstenir ou partager : c'est le résultat de cette vérité, que la communauté pure ne fait pas cesser la propriété de chacun des communistes, *ut singuli*, et que dès lors nul d'entre eux ne doit recevoir malgré lui la loi de son consort (4).

726. Maintenant que nous avons vu la légitimité du droit d'opposition, ses effets tantôt prépondérants, tantôt soumis à la décision contraire de la majorité, voyons ce qui concerne sa forme et son opportunité.

Sa forme! La loi n'en prescrit pas de sacramentelle. Une sommation prohibitive, une lettre, un fait éclatant de contradiction (5), etc., tout cela exprime diversement, mais avec une égale énergie, l'intention de s'opposer.

727. L'opportunité! Notre article fixe avec précision le moment de l'opposition, et la raison dit avec lui que cette opposition peut avoir lieu tant que l'affaire n'est pas conclue. Mais si la société l'avait laissé terminer, elle serait censée l'avoir approuvée, et il ne serait plus temps de le critiquer (6).

728. Reste à faire remarquer que ces dissensions entre associés n'influent pas sur les tiers de bonne foi (7), dont la position à l'égard de la société est réglée par les articles 1862, 1863, 1864. Le contrat passé avec des tiers, malgré l'opposition, ne serait pas nul à leur égard si les conditions de ces articles se réalisaient; seulement, l'associé qui l'aurait passé répondrait envers la société du dommage qui réfléchirait sur elle.

§ 2.

729. La seconde règle posée par notre article, c'est que chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de manière à empêcher ses associés d'en user suivant leur droit (8).

Cette règle est moins importante que la précédente; elle a cependant aussi son degré d'utilité; elle est une suite de la confraternité sociale, et de ces sentiments de bienveillance réciproque qui veulent que la société n'enlève pas à ses membres la jouissance privée de choses qui peuvent leur être personnellement nécessaires sans lui faire de préjudice. Cicéron, dans son beau livre *Des devoirs*, recommandait de prêter, non pas seulement à un ami, mais même à un inconnu, ce qui peut lui rendre service, tout en ne nous faisant pas de tort : *Quidquid sine detrimento possit commodari, id tribuatur vel ignoto* (9) : combien à plus forte raison à un associé, à un homme avec qui on a confondu ses intérêts, et qui d'ailleurs est, dans un certain sens, copropriétaire de la chose dont il demande à se servir (10)?

730. On voit, du reste, à quelles conditions est subordonné ce droit de l'associé. Notre article en exige trois : conserver à la chose sa destination (11); s'abstenir, quand il y va de l'intérêt de la société (12); ne pas empêcher le droit collatéral des coassociés.

Pourquoi ces trois conditions si profondément restrictives? C'est qu'en principe une chose n'est pas mise dans une société pour le service personnel des associés; car alors il n'y aurait pas de différence entre la communauté et la société. Cette chose y entre particulièrement et précisément pour être un instrument industriel et procurer des bénéfices par le moyen de la jouissance sociale. L'intérêt de la société est donc sur le premier plan; il domine l'intérêt individuel, et l'exclut même en tant que de besoin. C'est ce qui faisait dire à Paul : *Non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit* (13).

Ceci posé, il devient clair que l'article 1859 a dû considérer comme tout à fait secondaire la jouissance privée des choses sociales (14). Voilà pourquoi il veut que l'avantage de la société passe avant tout, et que celui de l'associé ne vienne qu'en sous-ordre; voilà pourquoi, tout en permettant à l'associé de se servir de la chose quand le droit de la société ne le

d'habitude, obligerait l'autre (sur la loi 1, C. *Qui test. facere possunt*, à la fin).

(1) *Droits de justice*, ch. XXIX, n° 24.

(2) *Société*, sect. II, n° 8.

(3) *Infrà*, n° 735.

(4) Gomès a répondu, ainsi qu'il suit, aux objections. Il commence par citer, au soutien de son opinion, les lois *Per fundum*, D. *de servit. rust.*, l. *fin.*, *Comm. prædior.*

Puis il ajoute : « Nec obstat l. 7, § 1, D. *de pactis*; quia hic « agitur de actu favorabili et liberatorio. Nec obstat l. *Quod major*, D. *ad municip.*, quia ibi loquitur in his quæ sunt commu- « *nia pluribus ut universis*. Nec obstat l. *Hujusmodi*, § fin., D. « *de legat.* 1°, et l. fin. C. *Comm. de legatis*, ubi dicitur quod « quando plures hæredes vel socii dissentiunt, possunt cogi per « judicem ad concordiam; quia illud verum est quando..., dissen- « tiunt *ad præjudicem tertii*; non verò ipsorum, secundum « Bart. in l. 2, § *Ex his*, D. *de verbor. oblig.*, 2 col. »

(5) Sur la preuve de la contradiction, voy. mon *Comm. de la Prescription*, n° 514.

(6) Arg. de la loi 28 précitée, D. *comm. divid.*

(7) Add. Malepeyre et Jourdain disent ici, n° 96 : « Si même l'opposition avait été notifiée au tiers avec lequel il voulait entrer en négociation, le marché n'engagerait pas la société. »

(8) Pothier, n°s 84 et 133. Ulpien, l. 52, § 13, D. *Pro socio*; Felicius, cap. XXVIII, n° 16; Despeisses, sect. II, n° 11.

(9) *De offic.*, lib. I, cap. XVI.

(10) *Suprà*, n° 70.

(11) Felicius, cap. XXVIII, n° 16.

(12) Add. C'est ce principe que Duvergier ne voit pas assez nettement écrit dans l'art. 1859 : « Il est dit, au § 1, que « chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, « pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, « et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société, ou de « manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. »

« Voilà bien, contrairement à la doctrine que j'ai exprimée, la jouissance en commun présentée comme le droit de chaque associé.

« Mais d'autres textes plus explicites, et l'opinion unanime des jurisconsultes, proclament que toute société civile ou commerciale a pour trait caractéristique, pour élément essentiel, l'union des mises en vue de la production des bénéfices. »

(13) L. 65, § 5, D. *Pro socio*, tirée du livre XXXII, *Ad edictum*.

(14) Favre dit très-bien sur ce texte : *Causa enim societatis « est communis, socii verò* PRIVATA; semper enim, et generaliter, « *communis causa* PRÆFERENDA EST PRIVATÆ. »

défend pas, il lui recommande de n'en pas user dans une destination qui dérangerait la combinaison du contrat et s'écarterait du but de l'association. L'article 1859 est un de ceux qui prouvent le mieux combien le corps moral est distinct de ses membres, combien la propriété sociale est supérieure à le copropriété privée.

Ce n'est donc pas avec un médiocre étonnement que j'ai vu Duvergier craindre que l'article 1859, donnant trop à l'intérêt individuel, n'ait pas été assez pénétré de cette vérité usuelle : qu'une société est fort différente de la communauté simple, et que tandis que celle-ci n'a pour objet que la jouissance personnelle, celle-là efface, au contraire, la jouissance personnelle pour lui substituer cette jouissance toute sociale, cette exploitation tout industrielle qui doit procurer des bénéfices (1).

Ou je me trompe étrangement, ou je vois dans l'article 1859 le contre-pied de cette interprétation. Comment, en effet, serait-il tombé dans la confusion de la communauté et de la société? Il place au-dessus de l'intérêt privé des associés un intérêt social qui l'absorbe. Y a-t-il rien de pareil dans la communauté? Les communistes sont-ils obligés de reconnaître un intérêt commun supérieur au leur (2)? Vraiment! si je voulais prouver la différence de la communauté et de la société, quel texte plus grave que l'article 1859 pourrais-je invoquer (3)?

Laissons donc l'article 1859 pour ce qu'il est en réalité, c'est-à-dire, une consécration de la propriété sociale, une reconnaissance de la personne civile devant laquelle les associés, comme individus, doivent s'abdiquer. A la vérité, ce droit de propriété, attribué à la société, n'est pas un droit jaloux et tyrannique; il fait des concessions à l'intérêt individuel, quand l'intérêt social n'en souffre pas. Mais que conclure de là? Que ces concessions sont dangereuses, qu'elles vont étouffer la prérogative sociale et amener l'invasion des intérêts privés au préjudice de l'intérêt commun? Nullement; l'usage des choses de la société par les associés est renfermé dans des limites trop étroites, il est trop subordonné à la convenance de l'association, pour qu'on redoute aucun embarras, aucune altération de l'élément sociétaire. L'exception ne tue pas la règle, elle la confirme.

Voici donc ce qui arrivera :

731. Une société aura dans son actif des chevaux destinés aux affaires de la société, par exemple à des transports de voyageurs. Quand ces chevaux ne travaillent pas et que la société n'en a pas besoin, l'un des associés pourra s'en servir pour une promenade, pour un transport de ses effets particuliers; pourvu qu'il n'en résulte pas pour eux une fatigue préjudiciable, et que le service momentané, qu'on exigera de ces bêtes de somme, ne les empêche pas de faire leur service du lendemain pour la société (4).

732. Et comme chaque associé a un droit égal à cette jouissance privée, l'associé qui se servira des chevaux devra s'arranger de manière à ne pas enlever aux autres la faculté de s'en servir à leur tour (5).

A cela l'auteur que je citais tout à l'heure aperçoit mille difficultés (6), et sa pensée se porte à l'instant sur la nécessité d'un règlement de jouissance alternative dans lequel se rencontreront d'immenses (7) embarras, de nombreuses impossibilités. Je ne sais; mais, pour moi, je ne vois rien de plus simple. Car, s'agissant ici d'une règle d'équité, je m'en rapporte à l'équité pour la faire marcher sans collision; j'ai confiance dans le bon esprit des associés, auquel le législateur s'est également confié, et qui les portera

(1) N°s 7 et 9, *in fine*, 360.

(2) *Suprà*, n° 26.

(3) *Suprà*, n° 66.

(4) POTHIER, n° 85.

(5) *Ibid.*; ULPIEN, 52, § 13, D. *Pro socio*.

Add. DURANTON, n° 414, donne les deux exemples suivants : « Ainsi quand la société possède une maison de campagne, un jardin d'agrément, un associé peut y aller passer la belle saison ou s'y promener, sans avoir besoin pour cela du consentement des autres associés. Si la société a une remise, une écurie, assez vaste pour contenir, outre les chevaux ou les voitures dont elle se sert, le cheval ou la voiture de l'un des associés, celui-ci peut s'en servir pour y loger, au moins momentanément, son cheval ou sa voiture. Mais si, en l'y laissant d'une manière permanente, il empêchait le coassocié d'y pouvoir mettre lui-même son cheval particulier ou sa voiture de temps à autre, alors celui-ci aurait droit de se plaindre, et pourrait demander que l'usage de la chose, après ce qui en serait nécessaire pour les besoins de la société, fût réparti entre eux par le temps ou d'une autre manière.

« Si deux individus, associés pour faire un commerce de vin, avaient loué deux magasins de détail, voisins l'un de l'autre, et que le débit, n'étant pas ensuite assez considérable, ils eussent cru devoir fermer l'un de ces magasins, l'un des associés ne pourrait pas, sans le consentement de l'autre, le rouvrir pour son propre compte, tout en offrant d'en payer le loyer à la société, ou à celui qui le lui a loué; car, par là il ferait de la chose un usage contraire aux intérêts communs, en diminuant et en s'appropriant en partie l'achalandage de l'autre magasin. On pourrait multiplier les exemples à l'infini; ceux-ci suffisent.

(6) DUVERGIER, n° 360.

Add. Où il dit : « D'ailleurs, on ne conçoit guère comment un associé peut se servir des choses appartenant à la société, sans empêcher les autres d'en user selon leur droit; il faut pour cela, ou qu'il y ait dans le fonds commun autant d'objets de même espèce que d'associés désireux de les employer à leur service, ou qu'on réglemente l'usage, de manière à ce que chacun en profite successivement et à son tour. La difficulté de semblables combinaisons est immense, elle dégénère souvent en impossibilité. »

MALEPEYRE et JOURDAIN ajoutent, n° 97 : « On sent que l'exercice d'un pareil droit ne peut avoir lieu que bien rarement dans le commerce, où chaque chose a son utilité et son usage, où chaque chose est destinée à produire des fruits ou de l'utilité qui a toujours sa valeur appréciable, où par conséquent l'usage gratuit enlève, de toute nécessité, un bénéfice à la société. Il doit donc y avoir peu de cas où l'associé puisse se servir des choses de la société, sans lui devoir une indemnité qui représente le dommage qu'elle a éprouvé par suite de la privation momentanée de l'usage de cette chose. »

Ici se rapporte encore ce que dit PARDESSUS, n° 1077 : « L'exercice d'une telle faculté a lieu rarement dans le commerce, où l'on suppose que tout est destiné, soit à donner des produits, soit à concourir aux travaux communs. On y présume facilement que cet usage qu'un associé a fait des choses communes, d'une manière profitable pour lui, n'a été accordé ou toléré par les autres, qu'à la condition sous-entendue qu'il payerait ce que des étrangers auraient dû payer.

« Le fait que les autres associés n'ont pas voulu se servir de la chose commune, n'est pas toujours un motif en faveur de celui qui en a usé. Ainsi un navire appartenant à plusieurs personnes, l'un des associés ne peut l'expédier à son profit, même au refus des autres, sans payer le fret, comme nous l'avons vu précédemment.

« L'associé qui a pris dans le fonds commun une somme d'argent ou des marchandises destinées à être vendues, pour les employer à ses affaires particulières, est débiteur envers la société, non-seulement du prix principal, mais encore des intérêts, à compter du jour qu'il les a employés, jusqu'à celui où il s'acquitte envers la société, sans préjudice de plus amples indemnités, s'il y a lieu. »

(7) *Sic.*

à se concilier facilement, tant qu'ils conserveront entre eux les sentiments inséparables de toute société florissante. Que si, au contraire, ce sont des brouillons et des entêtés; s'ils ne savent pas s'entendre sur la jouissance d'un cheval, sur la promenade dans un parc, sur l'occupation d'un appartement de plaisance; si leur mauvais esprit change les bagatelles en questions orageuses, que peut faire à cela le législateur? Ni les règlements du phalanstère, ni les statuts monastiques les plus minutieux n'y suffiraient pas. Quand la loi a posé le droit et sa limite, sa mission est accomplie et elle laisse les parties à leur liberté. N'ont-elles pas des arbitres, des tribunaux, la raison!

Au surplus, j'en appelle à l'expérience. Où a-t-on vu tant de procès sur l'exercice de cet usage personnel? Où sont les débats qu'il a engendrés? Est-ce là le côté faible des sociétés? Est-ce par là qu'elles périssent?

733. Un des points les plus nécessaires à considérer sur ce droit personnel a déjà été indiqué tout à l'heure; il consiste en ce que l'associé ne doit pas modifier la destination sociale de la chose pour son intérêt personnel. Il y a dans une société des maisons qui sont destinées à être louées : il ne faudra pas qu'un associé se mette dans la tête d'en jouir en vertu de l'article 1859. Qu'il la loue comme ferait un étranger, à la bonne heure; mais la destination sociale ne saurait cesser pour sa commodité et son avantage (1).

Mais si, au contraire, dans une manufacture que Pierre et Paul ont achetée pour l'exploiter en société, il se trouve des appartements, que l'on ne louerait pas à des étrangers sans inconvénient pour la sûreté de l'usine, Pierre aura le droit de s'y loger, ne fût-ce que dans l'intérêt de la surveillance de l'établissement; mais il devra offrir à Paul de partager avec lui ces appartements; sinon Paul aurait contre lui l'action *pro socio* pour l'y contraindre (2).

§ 3.

734. La troisième règle de notre article est que chaque associé a le droit d'obliger ses associés à faire avec lui les dépenses qui sont nécessaires pour la conservation des choses de la société (3).

Cette règle n'a pas besoin d'explication; elle est la consécration des idées les plus élémentaires. Quand des choses ont été mises en commun pour une cause quelconque, chacun doit contribuer aux dépenses nécessaires pour les entretenir, les réparer, les conserver (4) : l'un des associés, plus diligent que les autres, peut prendre l'initiative et les forcer à un concours indispensable et juste (5).

735. Et remarquez bien que ce n'est pas ici un de ces actes d'administration dont nous parlions dans le commentaire du § 1 de l'article 1859, et qui sont susceptibles d'être entravés par l'opposition des autres associés ou de l'un d'eux (6); l'obligation est lei du droit; des communistes, et à plus forte raison des associés (chez lesquels le sentiment de la conservation doit être en raison de leur préoccupation pour des bénéfices à réaliser), sont tenus d'avoir la diligence du bon père de famille. Ils ne sont pas maîtres, sans un accord unanime, de laisser périr la part qu'ils ont dans la chose commune; car, en la laissant périr, ils porteraient préjudice à la part de leurs consorts; et le *jus abutendi*, apanage de la propriété, s'arrête devant le dommage que le prochain éprouve par l'exercice de ce droit extrême. Ils doivent donc contribuer, ou abandonner la chose en se retirant (7).

736. Toutefois, leur résistance n'aurait rien que de légitime si, au lieu de dépenses de simple con-

---

(1) POTHIER, n° 55.

Add. On lit dans ZACHARIÆ, § 381 : « L'associé qui se servirait des choses communes contrairement à leur destination ou aux droits de ses coassociés, pourrait, selon les circonstances, être condamné à des dommages-intérêts envers ces derniers. »

(2) ULPIEN, l. 52, § 13, D. *Pro socio*.

(3) POTHIER, n°s 86 et 133.

Add. « De même, dit DURANTON, n° 440, un associé peut contraindre son coassocié à faire les réparations d'entretien des choses dont la simple jouissance seulement a été mise par lui dans la société; et ces dépenses sont à la charge de la société. »

(4) ULPIEN, l. 12, D. *comm. divid.*

(5) **Add.** « Ainsi, par exemple, disent MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 98, si les bâtiments ou machines ont besoin de réparations, si quelques marchandises sont menacées d'avarie, parce que les fûts ou tonnes qui les contiennent ont besoin de réparation, chaque associé peut forcer ses coassociés à faire les dépenses nécessaires; il pourrait même, malgré l'opposition de quelques-uns de ses associés, passer les marchés nécessaires avec les ouvriers, pourvu que la nécessité en fût bien constatée. »

(6) BRUNEMANN sur la loi 28, D. *comm. divid.*

Add. Op. conf. de LECLERCQ, t. VI, p. 250.

(7) POTHIER, n° 192.

Add. DUVERGIER dit, n° 363 : « Le § 3 de l'art. 1859, qui établit cette règle, est la reproduction littérale d'un passage de Pothier, qui lui-même est emprunté à la loi 12, ff. *comm. divid.*

« En remontant ainsi à la source, on aperçoit qu'une obligation imposée aux communistes a été étendue aux associés; c'est un motif pour l'appliquer à ceux-ci avec une certaine réserve. Il ne faudrait pas notamment que, sous prétexte d'exécuter des travaux nécessaires à la conservation des choses de la société, on pût contraindre les associés à donner plus qu'ils n'ont promis pour leur apport.

« Sans doute si, après que toutes les mises ont été fournies, il est nécessaire, pour prévenir la perte du fonds commun, de faire quelques dépenses peu considérables; si surtout, à raison de la nature des choses mises en société, on a dû prévoir cette nécessité, les associés devront s'y soumettre et fournir chacun leur quote-part; ce sera un supplément d'apport auquel ils seront censés s'être tacitement engagés. Les exemples que donne Pothier, pour l'application de la règle, prouvent que tel est son esprit.

« Mais si les choses appartenant à la société se trouvaient accidentellement menacées d'un grave danger et qu'il fallût pour le prévenir dépenser une somme importante, un associé n'aurait pas le droit de contraindre les autres à contribuer à une pareille dépense, lorsque ceux-ci préféreraient courir la chance de perdre entièrement ce qu'ils auraient mis dans la société. Seulement il pourrait, sur leur refus, faire à ses périls et risques les avances nécessaires, sauf à les prélever sur le fonds social conservé par lui, s'il y avait de quoi le remplir de ses déboursés. A la vérité, on a vu que l'associé administrateur qui a fait des avances, contracté des obligations, ou éprouvé des pertes pour la société, a une action en indemnité contre chacun de ses associés, et que cette action peut s'exercer sur leurs biens personnels, en cas d'insuffisance de l'actif social. Cela se conçoit, parce qu'il faut bien qu'ils supportent une perte accomplie, que la prudence de l'administrateur n'a pu prévenir, et qui résulte de faits auxquels ils ne se sont point opposés. Mais lorsque, sur un appel de fonds constituant un véritable supplément d'apport, ils ont résisté, déclarant qu'ils préféraient voir les choses communes périr et la société se dissoudre; lorsque l'événement justifie leur prévision, et que, malgré les travaux faits par l'un d'eux, l'actif social n'est point conservé, ou que du moins ce qui l'est ne suffit pas pour couvrir les dépenses, il serait bien étrange qu'on les condamnât à indemniser celui qui les a faites. »

servation, on voulait leur imposer des améliorations dispendieuses, des additions voluptuaires de nature à grever le capital social ou à nécessiter des appels de fonds (1). Beaucoup de sociétés se sont perdues par cette manie d'agrandir leur matériel, en sacrifiant les ressources du présent à des espérances d'avenir qui ne se sont pas réalisées.

Mais ceci reviendra au paragraphe suivant, qui défend les innovations sur les immeubles dépendants de la société.

737. Disons encore que si la chose sociale avait péri (ce qui est un cas de dissolution de la société) (2), et qu'il plût à l'un des associés de la rétablir, il ne pourrait se prévaloir de l'article 1859 pour exiger le concours forcé de ses coassociés. L'unanimité pour refaire serait indispensable ici, comme tout à l'heure elle l'était pour laisser périr.

§ 4.

738. La quatrième et dernière règle posée par l'article 1859 est que l'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société, si tous les autres associés n'y consentent (3).

Un associé prétend qu'il sera utile à la société d'ajouter une aile à sa fabrique, de faire des bâtiments sur un terrain vide, et il met la main à l'œuvre; les autres associés ont le droit de l'en empêcher. Ici revient la règle de Papinien : *In re pari, potior est causa prohibentis.*

Un moulin est en société avec plusieurs personnes; l'une d'elles veut changer les meules, quoique celles dont l'usine est actuellement pourvue soient suffisantes; elle ne le pourra qu'avec le concours de tous les associés (4). Balde nous apprend que, dans une société de deux frères qui avait la propriété d'un château, l'un d'eux voulut changer l'une des tours, qui était en bois, en une tour en pierres, pour lui donner plus de solidité. Consulté sur l'opposition que ce projet rencontra dans la société, Balde répondit qu'aucune innovation, par addition, retranchement et changement, ne pouvait être faite à la chose commune qu'avec l'assentiment des deux associés (5).

739. Remarquez qu'il y a cette différence, entre le cas auquel nous appliquions ci-dessus la règle *In re pari* (6) et le cas actuel, qu'ici la majorité ne peut contraindre la minorité. Force doit rester aux opposants, et la majorité ne fait pas cesser l'égalité de puissance entre l'action et la résistance. Car si la majorité a pour elle l'argument du nombre, la minorité a pour elle une raison qui en balance le poids, savoir : l'état qui a servi de base au contrat, l'autorité si grave de la convention.

739 2° (7).

---

(1) FELICIUS, cap. XXVII, n° 23.

(2) Art. 1865.

(3) POTHIER, n° 87; PAPINIEN, l. 28, D. *comm. divid.*; PAUL, l. 28, D. *de servit. urbanor. prædior.*; POMPONIUS, l. 11, D. *si servitus vindicatur.*

Add. DURANTON dit, n° 440 : « Mais si, étant présent, il n'a manifesté aucune opposition aux changements, qui lui avaient été d'ailleurs indiqués, il ne peut ensuite en faire ordonner la destruction, parce qu'alors il est censé les avoir approuvés : *Is qui potest prohibere, et non prohibet, tacitè consentire videtur.* »

Jurisprudence. — Les innovations interdites à chaque associé ou communiste par le § 4 de l'art. 1859 du code civil, ne doivent s'entendre que de celles qui tendent à altérer la nature de la chose commune, et non de celles qui ne changeant en rien sa destination, n'ont pour résultat que de produire une plus grande facilité de jouissance pour l'un des associés ou communistes, sans préjudice pour les autres; et, par exemple, un propriétaire a pu ouvrir, sur l'escalier commun, une porte pour faciliter son entrée dans un appartement (Toulouse, 30 mai 1828; SIREY, XXVIII, 2, 274).

— Jugé que les constructions et améliorations faites sur un immeuble possédé par plusieurs propriétaires en commun sont légalement présumées faites par tous, et leur appartenir conjointement, dans la proportion de leurs droits (code civil, articles 553 et 1859).

... Et cette présomption légale ne peut être détruite, à l'égard des tiers qui l'invoquent par une déclaration contraire, émanée des communistes; de telle sorte que nonobstant une pareille déclaration, celui qui se prétend exclusivement propriétaire des nouvelles constructions, soit pour les avoir faites à l'insu de ses coayants droit, soit pour en avoir seul payé le prix, doit justifier ces allégations, sans que ceux qui se prévalent de la présomption, puissent être assujettis à aucune autre preuve (16 juin 1837. Civ. c., Ledoux. DALLOZ, XXXVII, 1, 379).

(4) FELICIUS, cap. XXVII, n° 23.

(5) FELICIUS, *loc. cit.*, cite cette opinion.

(6) *Suprà*, n° 720.

(7) **Add.** Quid *s'il a fait des innovations à l'insu de ses coassociés?* — DELVINCOURT répond, t. VII in-8°, p. 303 : « Je pense qu'attendu la bonne foi qui est de l'essence de la société, le juge doit examiner si ces innovations sont utiles, nuisibles, ou inutiles. Si elles sont utiles, et qu'elles ne soient pas excessives, il lui en sera tenu compte jusqu'à concurrence de la plus value de la chose. Si elles sont nuisibles, il sera condamné à les enlever, et à remettre les choses dans leur premier état. Si elles sont inutiles, on devra lui permettre seulement d'enlever tout ce qui pourra être déplacé sans détériorer les fonds. » Op. conf. de FAVARD, *Société*, p. 221, n° 5.

PARDESSUS dit, n° 1020 : « Hors le cas d'approbation tacite, ou même quand par suite des principes qui seront expliqués ci-après, ses coassociés seraient obligés dans l'intérêt des tiers, ils auraient droit de prouver, contre leur coassocié, qu'il a excédé ses pouvoirs, et de le faire condamner non-seulement à supporter seul les dépenses en tout ce qui excéderait la plus value, mais encore, si elles étaient jugées nuisibles, à les payer en totalité, à démolir les ouvrages, et à indemniser la société du tort que lui cause cette construction. »

DUPORT-LAVILLETTE, prévoyant le cas d'innovations par un communiste, dit sur la difficulté, après avoir cité les lois 28, D. *comm. divid.*; 11, D. *si servit. vend.*, et 27, § 1, *de serv. præd. urb.* : « De là il faut conclure que si, malgré la prohibition de la loi, un communiste a fait quelque ouvrage ou quelque construction sur le sol commun, sans le consentement des autres, et de manière à nuire à la destination de la chose commune, ses communistes ont le droit de le contraindre à détruire ce qu'il a fait.

« Ceci souffre cependant quelques exceptions que l'équité naturelle a fait introduire.

« Le principe général doit être rigoureusement suivi, lorsque le changement a été fait malgré la prohibition des autres communistes, ou à leur insu et en leur absence (D. l. 28).

« Mais si le changement a été consenti par tous, la même loi ne permet plus aux autres communistes, ni de faire détruire ce qui a été fait, ni de réclamer une indemnité à raison du préjudice qu'ils auraient pu recevoir.

« De même, si le changement a été fait sous les yeux des autres communistes, sans opposition de leur part, ils ne peuvent faire détruire l'ouvrage, quoique leur silence ne puisse pas être pris pour un consentement, ils peuvent seulement se faire indemniser du dommage qu'ils ont souffert (D. l. 28).

« Cependant cette dernière disposition de la loi 28 ne s'applique qu'au cas où l'innovation peut subsister, sans trop gêner les autres communistes dans le droit qu'ils ont de se servir de la chose commune, et elle ne les exclut pas du droit de propriété dans ce qui a été construit sans leur aveu.

« Ce droit dérive du principe général que tout ce qui est

740. J'ai fini ce que j'avais à dire sur l'intelligence de l'article 1859. Une réflexion qui s'applique à ses quatre paragraphes doit cependant être répétée. Les droits que l'article 1859 accorde aux associés sur les choses de la société n'ont-ils lieu qu'autant que la société n'est pas pourvue d'un administrateur élu? Si l'administration avait été déléguée, les associés, autres que l'administrateur, ne pourraient-ils s'ingérer dans l'administration, user de la chose commune, faire des dépenses nécessaires et contraindre leurs coassociés à les partager avec eux?

S'ingérer dans l'administration, quand il y a un administrateur vigilant, est un acte téméraire et répréhensible. L'art. 1859 n'est pas fait pour ce cas; sans quoi il entretiendrait une guerre incessante entre l'administrateur et la société; il annulerait les pouvoirs du chef, et effacerait la disposition de l'art. 1856.

741. Cependant, si l'administration fonctionnait mal, l'esprit n'aurait pas de peine à prévoir certains cas où l'intervention d'un associé serait dictée par le dévouement aux intérêts sociaux, et trouverait sa protection dans les principes du quasi-contrat *negotiorum gestorum*, art. 1372-1375.

L'article 1855 ne fait pas d'obstacle à cette solution. En décidant que l'administrateur peut agir dans le cercle du mandat dont il a été revêtu, malgré l'opposition de ses associés, il ne préjuge rien sur le cas où il n'agit pas quand il faudrait agir, et où les associés font, à sa place, ce que les notions élémentaires de bonne gestion et de conservation économique lui commandaient de faire.

742. Quant à l'usage des choses communes, je pense que lorsqu'il y a un administrateur, c'est à lui à le régler, et que les associés doivent souscrire à sa décision; le contraire paralyserait l'action du gérant et démembrerait de son pouvoir un des droits les plus importants, les plus nécessaires à l'accomplissement de son mandat.

743. Maintenant, nous allons passer à l'art. 1860 qui s'occupe encore des associés non administrateurs. Mais, dans cet article, il s'agira de quelque chose de plus que de l'administration du patrimoine social; le législateur s'occupera du droit d'en disposer, et l'on pressent facilement ce qu'il décidera là-dessus.

Art. 1860. L'associé qui n'est point administrateur ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières, qui dépendent de la société.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION AU GOUVERNEMENT. — Art. 41. *Dans les sociétés autres que de commerce, un associé ne peut, dans sa qualité d'associé, et s'il n'a pas l'administration, aliéner ni engager les choses qui en dépendent.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 29. Conf. à l'art. 1860.

MOTIFS. — Voy. art. 1856.

SOURCES.

Leg. 68, D. *Pro socio*. — Leg. 28, D. *Comm. divid.* — Leg. 27, § D. *De servit. urb. præd.* — Leg. 11, D. *Si serv. vind.* — POTHIER. *Société*, n° 89.

---

planté ou édifié sur un sol, suit la nature de ce sol et appartient au propriétaire, quoique la construction ait été faite par d'autres et avec les matériaux d'autrui : d'où il suit nécessairement que la construction faite sur un sol commun appartient également à tous les communistes, quoiqu'un seul d'entre eux l'ait fait faire. C'est ce que décide Cujas dans son commentaire sur cette loi 18; ce qui est conforme à la disposition des lois 4, § 1, D. *comm. divid.*, et 17, D. *communia prædiorum*.

« Or, si la construction faite sur un sol commun, l'a été pour le compte d'un seul des communistes, si elle tend à conférer à lui seul et l'usage et la propriété d'une partie du sol commun, c'est une violation formelle du droit de propriété des autres auquel il ne lui est pas permis de porter atteinte; il doit par conséquent être contraint à détruire ce qu'il a bâti, dès que les autres communistes ne peuvent pas en profiter, quoique les constructions aient été faites en leur présence.

« La loi 18 suppose un changement dans la chose commune, qui n'ôte pas aux communistes la propriété indivise de cette chose et des ouvrages qui y ont été faits, en conformité des règles générales sur le droit de propriété, et elle ne peut s'appliquer au cas où la construction forme une véritable usurpation du communiste dont l'objet a été de s'approprier exclusivement ce qui appartient à tous et d'en priver les autres propriétaires.

« Cependant, et encore dans ce cas, s'il s'agissait d'une construction qui pût être conservée par celui qui l'a faite, sans nuire à l'intérêt des autres, on pourrait, suivant les circonstances et par motif d'équité, lui laisser la chose, à la charge d'indemniser les autres communistes, et de les mettre hors d'intérêt.

« Par exemple, un domaine est possédé par plusieurs en commun : un des communistes fait un bâtiment sur l'un des fonds du domaine; ce bâtiment peut être mis dans le partage, en rendant ses impenses au constructeur, ou mis dans son lot, en donnant aux autres des fonds de même valeur.

« Mais quand il s'agit d'une construction faite sur un lot de peu d'étendue, qui a été primitivement destiné à un autre usage, et que la construction ne peut subsister sans nuire notablement aux autres communistes, à raison du droit qu'ils ont de se servir de la chose commune, alors il faut suivre rigoureusement la règle, et détruire le bâtiment construit mal à propos.

« Aussi la loi 26, *D. de servit. urb. præd.*, décide-t-elle qu'en pareil cas chaque communiste a le droit de faire enlever l'ouvrage qui a été fait sur le sol commun par l'un des propriétaires sans le consentement des autres, quand il est de l'intérêt de tous les communistes de ne pas le laisser subsister. »

Jurisprudence. — De ce que deux personnes ont l'usage commun d'une chose, il ne suffit pas que l'une des deux y ait fait des travaux pour que l'autre puisse en demander la destruction; il faut que ces travaux nuisent à son usage, surtout si elle n'a pas contredit pendant leur confection, ni de longtemps après (code civil, art. 661, 1859). 19 mars 1834. Rennes, Leroy. DALLOZ, XXXIV, 2, 162.)

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1732. Conf. à l'art. 1860, C. F.
Louisiane. — 2841. Id.
Sardaigne. — 1883. Id.
Canton de Vaud. — 1336. Conf. à l'art. 1860, C. F.
Hollande. — 1677. Id.
Haïti. — 1629. Id.

SOMMAIRE.

744. L'associé qui n'est pas administrateur ne peut faire que des actes d'administration; il ne peut faire des actes de disposition.
745. Il ne suit pas de là que l'associé administrateur puisse disposer du capital social.
746. L'associé non administrateur peut, comme l'associé administrateur, vendre les choses vénales.
747. En ceci les sociétés civiles conviennent avec les sociétés de commerce en nom collectif.
748. Mais non pas avec la commandite, dans laquelle le commanditaire n'a pas le droit de gérer.
749. Quand il y a un administrateur, un associé ne peut non plus faire des actes de gestion; il n'a pas de mandat virtuel.
750. L'associé, incapable de vendre le fonds social, peut cependant vendre sa part dans les effets de la société.
751. Mais ce droit est soumis à deux conditions.
752. Suite. Ces conditions concilient la propriété du corps social avec la copropriété individuelle.
753. L'art. 1860 s'applique aux meubles comme aux immeubles.
753 2°. *Le tiers auquel une part sociale a été vendue, peut-il être écarté du partage à la dissolution?*
754. L'art. 1860 pose une règle d'associé à associé. Quant aux engagements contractés avec les tiers, il faut recourir aux art. 1862, 1863, 1864.

COMMENTAIRE.

744. Lorsqu'une société a constitué son capital, ses actes de disposition ne sont réguliers qu'autant qu'ils ont pour eux le concours de tous ses membres. Il est vrai que chaque associé, pris isolément, est administrateur-né des intérêts sociaux (1); mais il ne saurait en être l'arbitre; son intervention spontanée ne va pas au delà des mesures de simple administration. De là, la disposition de l'art. 1860, d'après laquelle l'associé ne peut aliéner ni engager les choses, même mobilières (2), qui dépendent de la société. Est-il nécessaire de le dire? le propriétaire seul a droit d'aliéner et d'engager sa chose. C'est donc la société seule, et non un de ses membres dépourvu de mandat, qui peut disposer par vente ou engagement de ce qui lui appartient. Il y a plus: la conservation du capital social est un point si important, que la majorité ne pourrait forcer la minorité des associés à vendre les choses non vénales qui le composent: « Et » non sufficit consensus *majoris partis* et unius socii » habentis etiam majus jus in re. » Ce sont les paroles de Felicius (3). La raison dit en effet qu'on ne peut déroger aux clauses constitutives d'un contrat, que par l'unanimité de volonté des contractants (4).

745. L'art. 1860 prend soin d'énoncer qu'il a été fait pour l'associé non administrateur. Suit-il de là, par argument *à contrario*, que l'administrateur a le droit d'aliéner ou d'engager les choses sociales? Et s'il a ce droit, pourquoi tout associé ne l'aurait-il pas virtuellement, puisque, d'après l'article 1859, n° 1, chaque associé a le pouvoir tacite d'administrer?

Pour sortir de ce cercle vicieux, il ne faut pas de grands efforts.

D'abord, laissons là l'argument *à contrario*, si décrié dans l'art de la dialectique, parce qu'il est si dangereux à employer.

L'art. 1860 ne signifie pas que l'associé administrateur a le droit absolu de vendre les choses sociales et de les engager (5). Nous avons vu ci-dessus qu'il a les mains liées à cet égard, et que la société ne lui a pas conféré le droit de disposer à son gré du patrimoine commun. Seulement, si, d'après le but que la société veut atteindre, il y a des choses mobilières dont la destination est d'être vendues (6), comme des objets manufacturés, des produits journellement vénaux, des fruits qu'on ne recueille pas pour les partager en nature, mais pour faire profiter la société de leur débit (7), le gérant a qualité pour les vendre, parce qu'alors il administre plus qu'il ne fait acte de propriété (8). Mais, hors de là, l'associé administrateur n'a pas qualité pour aliéner ou engager les immeubles et les meubles qui forment l'actif social. L'art. 1860 a donc raison de dire que l'associé, qui n'est pas gérant, est incapable d'aliéner ou d'engager ces choses, puisque le gérant lui-même ne le peut pas (9).

746. Mais cet associé non administrateur pourra-t-il du moins vendre les choses vénales par leur destination? L'art. 1860 est-il tellement absolu qu'il s'op-

(1) Art. 1859, n° 1.

(2) **Add.** Duvergier ajoute, n° 370: « Toutefois, si l'aliénation des choses mobilières a été faite à un acheteur de bonne foi, et qu'elle ait reçu son exécution par la livraison, elle devra être maintenue, comme l'est toute vente de choses mobilières faite *à non domino*, lorsque l'acquéreur est de bonne foi et a été mis en possession. »

Op. conf. de Duranton, n° 441, où il dit en outre: « Et s'il a mis dans la société un immeuble pour la simple jouissance, et qu'il l'ait hypothéqué depuis pour ses affaires personnelles, ses créanciers peuvent sans doute le faire vendre, mais à la charge de la jouissance qu'en a la société, dans le cas où elle pourrait leur opposer un acte ayant acquis date certaine antérieurement aux inscriptions prises par ses créanciers (arg. de l'art. 1743). »

(3) C. 28, n° 29, d'après la loi *Per fundum*, D. *de servit. rust. prædior.*, et la loi fin., D. *comm. prædior.*; Gomez, lib. II, tit. *de locato*, n° 14; Surdus, cons. 42, nos 14 et 15 du liv. I.

(4) *Suprà*, n° 713.

(5) **Add.** Leclercq, invoquant ici l'argument *à contrario*, accordait ce droit à l'administrateur et l'étendait même aux associés: « Les associés qui ne sont pas administrateurs, dit-il, sont comme des étrangers à l'égard de la société, lorsqu'il y a des administrateurs nommés; ils ne pourront donc ni engager, ni aliéner les choses, même mobilières, qui dépendent de la société. Ils le pourraient, s'il n'y avait pas de stipulation spéciale sur le mode d'administration, parce que, dans ce cas, chaque associé est administrateur, et la loi, interdisant cette aliénation à celui qui ne l'est pas, semble la permettre à celui qui l'est. »

(6) Art. 1851; *suprà*, nos 591 et 681.

(7) L. 63, D. *de procurat.*

(8) *Ibid.*; Pothier, n° 66.

(9) **Add.** Op. conf. de Marcadé sur Demante, n° 578.

pose à leur aliénation par son fait et de son autorité ?

Les auteurs anciens décidaient que tout associé pouvait, sans mandat, vendre les choses vénales parce qu'on cela il faisait les affaires de la société (1) : « Et a est æquissimum, disait Straccha avec la rote de « Gênes, posse socium *etiam sine mandato expresso*, « de rebus venalibus disponere (2). « Je ne vois pas pourquoi il en serait autrement sous le code civil ; en effet, parmi les actes d'administration confiés au mandataire, on a toujours placé le droit de vendre les choses dont la destination est d'être vendues, soit parce que tel est le but de l'affaire entreprise, soit parce que ces choses sont de nature à se gâter facilement (3). Or, par l'art. 1859, tout associé a mandat pour administrer, et s'il n'est pas administrateur élu, il est administrateur légal et virtuel. Donc, il a aussi le droit de faire les ventes dont nous parlons; car ce ne sont pas, à vrai dire, des actes de propriétaire; en s'y livrant, on ne dispose pas, on administre.

Ainsi un colon partiaire n'aura certainement pas le droit de vendre les fruits de la récolte à partager; car ces fruits ne sont pas destinés à être vendus; le but de la société est que le propriétaire de la métairie en touche sa part en nature. Mais si deux fermiers se sont associés pour l'exploitation d'un domaine, et que, pendant l'absence de l'un d'eux, les revendeurs viennent acheter les fruits à noyaux ou à couteau arrivés à maturité, l'associé present aura le droit de les vendre sans mandat; car, en les vendant à propos, il fait les affaires de la société, il administre : « Neque alie- « nare potest, disait Modestin, nisi fructus *aut alias* « *res quæ facilè corrumpi possunt* (4). »

747. Et, en cela, les sociétés civiles conviennent parfaitement avec les sociétés de commerce en nom collectif, dans lesquelles chaque associé a le mandat tacite de gérer (5). Tous les jours on y voit un associé vendre seul les marchandises dont le débit doit alimenter le commerce. Seulement, dans ces sociétés de commerce, cette forme du droit d'administrer est plus apparente et plus fréquente, parce qu'elles comprennent un plus grand nombre de choses vénales et que le débit incessant de la marchandise y est une condition d'existence.

Mais ni dans les sociétés de commerce en nom collectif, ni dans les sociétés civiles, un associé ne peut vendre les choses qui ne sont pas vénales.

748. Du reste, il va sans dire que, dans les sociétés en commandite, le commanditaire ne doit pas s'immiscer dans les ventes d'objets vénaux ; s'il le faisait, il administrerait, et l'on sait que tout acte d'administration lui est interdit.

749. Je pense aussi que, dans une société civile pourvue d'un administrateur, un associé, autre que cet administrateur, ne pourrait se livrer aux ventes d'objets vénaux sans engager sa responsabilité. Il ne doit pas empiéter sur les fonctions de l'administrateur choisi par l'acte de société ; il n'est mandataire virtuel que lorsque l'acte de société n'a pas pourvu à l'administration (6).

750. Passons maintenant à un autre point de vue et examinons si un associé, incapable, d'après notre article, de vendre la chose sociale non vénale, ne pourrait cependant pas vendre la part qu'il y a, en sa qualité d'associé copropriétaire.

Voici ce qui peut faire naître le doute.

Notre article sanctionne une des propositions de Pothier sur le droit de chacun des associés relativement aux choses dépendantes de la société (7). Cette proposition est qu'un associé ne peut aliéner ni engager les choses qui dépendent de la société.

Mais Pothier limitait cet axiome en ajoutant : « Si « ce n'est pour la part qu'il y a, « et il invoquait la loi romaine, dont le texte reconnaît à un associé le droit de vendre ou d'engager sa part dans les effets de la société (8).

Écoutons en effet Caius (9) : « Nemo ex sociis plus « parte suâ potest alienare, etsi totorum bonorum so- « cii sint (10). » Et, au surplus, on trouve un élégant commentaire de cette idée dans le plaidoyer de Cicéron pour Roscius le comédien (11).

Or, notre article ne reproduit pas cette limitation de Pothier et du droit romain ; et, dès lors, il semble que l'on soit fondé à croire que son silence équivaut à un rejet.

Je pense toutefois que ce serait une erreur ; j'en tire la preuve de l'article suivant qui, en autorisant un associé à s'associer une tierce personne dans sa part, ne fait que tirer une conséquence du droit qu'il a de disposer, pour sa part afférente, des effets de la société (12).

751. Mais ce droit de vendre sa part, il ne l'a qu'aux deux conditions suivantes :

La première, qui est commune à toutes les choses indivises, consiste en ce que la vente est subordonnée aux chances du partage, de telle sorte qu'elle sera non avenue si la chose ne tombe pas dans le lot du vendeur (13).

La seconde consiste en ce que cette vente ne saisit pas l'acheteur de la possession de la part vendue, toutes les fois qu'il peut en résulter pour la société un trouble, une gêne, un emploi contraire à la destination sociale (14).

752. C'est en ce sens, du reste, que tous les jurisconsultes ont parlé du droit de l'associé de vendre sa part, et aucune équivoque ne saurait résulter de leur doctrine (15).

---

(1) RAUCHIS, part. V, concl. 364, et, d'après lui, DESPEISSES, *De la société*, sect. II, § 18.

(2) Déc. 14, no 67. Voy. aussi FELICIUS, cap. XXVIII, no 71.

(3) Arg. de la loi 63, D. *de procurat.* (MODESTIN).

(4) L. 63, D. *de procurat.*, précitée.

Add. Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, no 579.

(5) *Suprà*, no 359.

(6) Art. 1859.

Add. Voy. *suprà*, no 242 2o. Op. conf. de LECLERCQ, t. VI, page 251.

(7) No 89.

(8) *Junge* CUJAS sur le livre XXXII de PAUL, *ad edictum*, l. 67, D. *Pro socio*; DURANTON, t. XVII, no 442.

(9) Voyez FAVRE, dans ses *Rationalia* sur la loi 68, D. *Pro socio*.

(10) L. 68, D. *Pro socio*. Voy. *suprà*, no 565, un cas de vente de cette espèce.

(11) Nos XI, XII, XVII.

(12) POTHIER le dit expressément, no 91, et le code, dans les articles 1860 et 1861, n'a fait que suivre l'enchaînement de ses idées.

(13) Mon *Comm. de la Vente*, t. I, nos 176 et 207.

(14) Art. 1859, no 2.

(15) Je ne sais pourquoi DUVERGIER leur a fait le reproche d'être là-dessus trop tranchants (no 371). Est-ce parce qu'ils ne se sont pas étendus sur les deux conditions dont j'ai parlé ? Mais n'est-il pas mille fois évident qu'elles sont sous-entendues, puisqu'elles découlent forcément des principes généraux à toutes choses indivises et des règles invariables en matière de société ? Voy. *suprà*, no 70.

Add. Voici, en effet, l'observation de DUVERGIER : « Après avoir dit qu'un associé ne peut aliéner les choses même mobilières, ajouter qu'il peut vendre sa part, c'est donner à entendre que, suivant les effets ordinaires des ventes, la propriété de cette por-

Je ne disconviens pas cependant que Cicéron, dans le plaidoyer que je citais tout à l'heure, n'en ait exagéré la portée, en assimilant entièrement l'associé à un communiste; mais l'orateur faisait un sacrifice au besoin de sa cause, et l'avocat faisait taire le jurisconsulte (1).

L'art. 1866 se concilie donc avec les règles de la copropriété; il fait une large part à la propriété sociale, si respectable pour chaque associé; mais il n'efface pas entièrement l'idée de copropriété indivise, ineffaçable dans toute société; tout en rendant hommage au droit de propriété dont une fiction investit le corps moral de la société, il n'empêche pas certaines prérogatives de la copropriété au profit de l'associé; il ne pousse pas jusqu'à l'impossible la fiction du corps moral (2).

753. Au surplus, dans ce qu'il a de prohibitif, l'art. 1860 s'étend aux meubles comme aux immeubles. Son texte a pris soin de lever toute incertitude à cet égard; et l'associé qui se permettrait de vendre, soit la totalité d'un meuble, soit même sa part dans une chose mobilière de la société, en ne respectant pas les droits de celle-ci, serait sujet à l'action *pro socio*.

753 2° (3).

754. Au surplus, remarquez-le bien! l'art. 1860 ne concerne que les associés entre eux. Mais quand on veut se faire des idées exactes sur le droit des tiers auxquels les ventes et engagements ont été consentis, d'autres principes sont sur-le-champ mis en jeu; il faut recourir aux articles 1862, 1863 et 1864, qui font la loi de la société à l'égard des tiers. Je renvoie au commentaire de ces articles.

---

tion est actuellement transmise à l'acheteur; que celui-ci a désormais un droit certain et irrévocable, et que, s'il ne peut demander la délivrance sur-le-champ, il devra obtenir la chose vendue à l'époque de la dissolution de la société. »

Quant à l'exigence des deux conditions requises, op. conf. de DALLOZ, *Société*, chap. I, sect. III, § 5, n° 8; de DURANTON, n° 442, où, en parlant des droits de l'acquéreur, il dit : « Il pourra bien à ce titre intervenir dans le partage de la société, lorsqu'elle sera dissoute, pour la conservation de ses droits, et même le provoquer; mais le partage ne s'en fera pas moins comme si cette vente n'existait pas, et avec les effets ordinaires du partage, tels qu'ils résultent du droit commun. »

(1) *Supra*, n° 560.

(2) *Supra*, n° 70.

(3) **Add.** *Le tiers auquel une part sociale a été vendue, peut-il être écarté du partage à la dissolution?* — DURANTON dit à cet égard, n° 443 : « Du reste, dans le cas même où l'un des associés aurait cédé ou vendu toute sa part dans la société, alors dissoute ou non, les autres associés ne pourraient pas, en argumentant de l'art. 841, écarter le tiers du partage, en lui offrant le remboursement du prix de la cession. Il n'y aurait pas lieu, pour le prétendre ainsi, d'invoquer l'art. 1872, portant que les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés; car, bien que cet article 841 soit au nombre des règles concernant le partage des successions, néanmoins elle n'est pas une de celles que l'on a eues en vue dans l'article 1872; autrement il n'eût pas fallu établir en principe qu'un associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société, ou du moins l'on eût dû réserver positivement aux associés le droit d'écarter le tiers du partage, par le remboursement du prix de la cession; mais on ne l'a pas fait.

« Ajoutez qu'il n'y avait pas non plus les mêmes motifs que dans le cas de succession, où l'étranger serait venu pénétrer tous les secrets de famille. Aussi dans le droit romain, les autres associés ne pouvaient écarter le tiers du partage. Les lois 4, au code *Pro socio*, et 3, aussi au code *de comm. reb. alien.*, déjà citées, sont positives sur ce point, et rien ne porte à penser que les rédacteurs du code civil aient entendu changer le droit à cet égard.

« On trouve même dans le recueil de Dalloz, v° *Société*, un arrêt, sans date citée (Jobon et Dechesne), portant que le retrait de société ayant été aboli par le décret des 13-18 juin 1790, des associés n'ont pas pu stipuler que, dans le cas où l'un d'eux vendrait sa part, les autres ou l'un d'eux auraient la préférence ou le droit de le rapporter; qu'une telle clause ne peut pas être exécutée. « La cour, attendu que le retrait que les appelants veulent « exercer ne peut être considéré comme un réméré ou retrait « conventionnel, puisque celui-ci ne compète qu'au vendeur, à « ses héritiers ou ayants cause; attendu que le retrait de société « a été aboli, et que, si on pouvait le rétablir par des conventions, « ce serait un moyen de rétablir un usage contraire à la loi, et « d'en éluder les effets, etc. »

« Mais cette décision est insoutenable; cette loi n'a eu pour but que l'abolition du retrait légal ou coutumier de société. C'est le code civil qui doit régir la question d'un retrait stipulé : or, le code ne défend point une pareille stipulation; par cela même il la permet, car elle n'a rien de contraire à une loi actuellement en vigueur, ni aux bonnes mœurs. Une multitude de conventions permises, ont précisément pour objet de déroger au droit commun, sans qu'on puisse dire pour cela qu'elles sont contraires aux lois, puisque précisément la loi les autorise; telles sont notamment celles qui excluent la garantie en matière de vente, garantie qui est cependant due en vertu de la loi. Le droit commun, d'après celle du 18 juin 1790, c'est que le retrait coutumier en matière de société n'a plus lieu, de même que le retrait lignager ne subsiste plus : mais comme rien n'empêche de le stipuler, dans une vente, au profit du vendeur et de ses héritiers, de même rien ne doit empêcher de le stipuler dans une société, au profit des parties ou de l'une d'elles, au cas où l'un des associés vendrait sa part. Cet arrêt ne nous paraît donc pas devoir faire jurisprudence. »

Cette opinion de DURANTON est partagée par DE VATISMENIL, *Revue des Revues de droit*, tome III, p. 189. Cet auteur rappelle que l'art. 841 a été dicté dans l'intérêt des familles, considéré sous le point de vue moral, plutôt que sous le point de vue pécuniaire. Cet article, d'ailleurs, n'a jamais été étendu à la communauté (art. 1476). (Metz, 17 mai 1820; Bordeaux, 19 juillet 1826; Bourges, 12 juillet 1831.) Il faut en outre remarquer que si le retrait successoral était de droit commun en France, il n'en était pas ainsi de retrait de *fraternité ou société* (MERLIN, *Rép.*, v° *Droits successifs*; DALLOZ).

Un arrêt de Paris, du 21 juin 1813, a décidé que le retrait n'avait pas lieu entre communistes.

Op. conf. de PERSIL, quand il dit : « Que fait le législateur dans l'article 841? Il porte une exception à un principe général. Quel est ce principe général? Le voici : *Nul ne peut rompre un contrat auquel il n'a pris aucun intérêt; ce contrat ne peut être rompu que par la volonté des parties contractantes.* Si le code accorde aux cohéritiers le droit de résoudre le contrat passé entre le cédant et le cessionnaire, il le fait, comme nous l'avons dit ci-dessus, pour le bonheur des familles.

« Cette décision exceptionnelle n'est pas applicable aux cas non prévus par le législateur. Le principe général seul est applicable par induction. L'article 841 parle des successions, et omet les sociétés; il en sera fait usage pour les successions et non pour les sociétés. Le législateur aurait agi sagement en posant son principe exceptionnel aussi bien pour les sociétés que pour les successions; il n'a pas cru convenable d'agir ainsi, nous ne devons pas suppléer à son silence. Nous ne connaissons pas les motifs de cette omission, et nous ne devons pas créer une disposition qu'il n'a pas cru convenable d'insérer dans le code. »

Jurisprudence. — L'article 841 du code civil ne s'applique pas au cas d'une société (7 juillet 1836, cass. de France; DALLOZ, XXXVI, 2, 135).

Art. 1861. Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne relativement à la part qu'il a dans la société. Il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration (*c*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1[er] PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 10. *Nul ne peut, sans le consentement unanime de ses associés, introduire un tiers dans la société; s'il l'associe à sa part, cet associé particulier ne sera toujours point membre de la société principale.*

2[e] PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 228. *Nul ne peut, sans le consentement de ses associés, introduire un tiers dans la société.*

3[e] PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 922. *Nul ne peut, sans le consentement de ses associés, introduire un tiers dans la société.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 42. *Chaque associé peut, sans le consentement de ses associés, s'associer une tierce personne à la part qu'il a dans la société; il ne peut pas, sans ce consentement, l'associer à la société, lors même qu'il en aurait l'administration.*

Il répond des dommages causés par cette tierce personne à la société, de la même manière qu'il répond de ceux qu'il a causés lui-même, suivant l'art. 27 ci-dessus.

Art. 43. *Dans les sociétés de commerce en nom collectif, les choses acquises par un associé pour son compte particulier, n'y tombent pas, quoiqu'elles aient été acquises pendant la société et des deniers communs, à moins qu'il ne s'agisse d'un marché qui soit dans la même espèce de commerce que celui de la société, et qu'il n'eût été de l'intérêt de la société de faire ce marché, auquel cas il peut être contraint d'y rapporter les choses ainsi acquises.*

Art. 44. *Tout contrat de société doit contenir la clause de se soumettre à des arbitres, sur toutes les contestations qui peuvent survenir concernant la société; et si cette clause n'y a pas été exprimée, elle est toujours sous-entendue.*

Art. 45. *Dans les sociétés de commerce en nom collectif, on suit, quant aux dettes, les règles suivantes :*

Art. 46. 1° *Chacun des associés est tenu solidairement des dettes de la société;*

Art. 47. 2° *Les dettes de la société sont celles contractées par celui qui avait le pouvoir d'obliger tous les associés, et au nom de la société.*

Art. 48. 3° *Ce pouvoir est présumé, lorsque celui qui a contracté était dans l'usage de contracter au nom de la société, au vu et su des associés, ou lorsque, sans être dans cet usage, il a signé pour la compagnie; le tout, encore qu'il eût été formellement exclu de l'administration par une clause du contrat de société : pourvu, néanmoins, dans ce dernier cas, que l'acte de société n'eût pas été rendu public avant l'engagement contracté.*

Art. 49. 4° *Si la dette est encore présumée contractée au nom de la société, lorsque l'associé ajoute à sa signature qu'il signe pour la compagnie, et non autrement, la société en est tenue, lors même que la dette n'a pas tourné à son profit, à moins que, par le genre de l'obligation, il ne paraisse qu'elle ne concernait pas les affaires de la société* (*a*).

Art. 50. *Dans les sociétés en commandite et dans celles anonymes, les associés en commandite et les associés anonymes ne sont point tenus des dettes de la société envers les créanciers avec qui l'associé principal ou connu a contracté. Ils ne sont tenus qu'envers l'associé principal et connu qui les a contractées; savoir, l'associé anonyme indéfiniment pour la part qu'il a dans la société; et l'associé en commandite, jusqu'à concurrence seulement des fonds qu'il a mis dans la société.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 30. 1[er] §. Conf. à l'art. 1861.

Il répond des dommages causés à la société par cette tierce personne, comme de ceux qu'il aurait causés lui-même (*b*).

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 49. Sur les termes : *à moins que, par le genre de l'obligation, il ne paraisse qu'elle ne concernait pas les affaires de la société.*

Cette disposition est trop vague, et pourrait entraver le commerce. Le tiers porteur de l'obligation n'est pas obligé de s'informer si elle intéresse ou non les affaires de la société. Les associés doivent s'imputer d'avoir donné leur confiance à des personnes qui ne la méritaient pas.

Restreindre cette disposition au seul cas où il résulte de l'acte d'obligation lui-même qu'elle ne concerne pas les affaires de la société; comme, par exemple, si l'associé qui a un commerce particulier, exprimait, dans l'obligation, que les sommes empruntées doivent servir à payer les droits successifs de ses frères, et autres cas semblables, et signait *et compagnie.*

(*b*) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

L'art. 30 est discuté.

DEFERMON dit que le dernier alinéa de cet article parait en contradiction avec le premier; car s'il est permis à l'un des associés d'introduire un tiers dans la société, il ne doit pas répondre de lui.

BERLIER dit que, soit que l'associé n'use que de son droit en n'associant qu'un tiers à sa part simplement, soit qu'il abuse de ce droit en allant au delà, la tierce personne ne devient point membre de la société.

Rien de contraire n'est dit par la dernière disposition de l'article, qui suppose seulement que le tiers a pu s'ingérer et nuire à la société.

Ceci peut avoir lieu de la part de tout autre que de ceux qui sont membres de la société; ainsi, point de contradiction entre les deux dispositions; mais, à la rigueur, la seconde peut fort bien paraître inutile, car la garantie qu'elle exprime est de droit, et, en ne considérant le tiers que comme un préposé de l'associé, celui-ci répond de ses faits.

TREILHARD dit qu'en effet l'article donne à l'associé le droit d'associer un tiers à sa part, mais non à la société. Si ensuite il lui plait d'employer ce tiers aux affaires de la société, il en répond comme de son agent.

RÉAL dit que cette responsabilité étant de droit, la partie de l'article qui l'établit devient oiseuse.

Regnaud (de Saint-Jean d'Angely) observe qu'elle est prise textuellement de Pothier.

Treilhard dit que néanmoins il est inutile de l'exprimer; on a énoncé ailleurs le principe général que chacun répond de ceux qu'il emploie.

L'article est adopté, avec le retranchement de la dernière disposition.

(c) MOTIFS.

Treilhard : « Ils peuvent, sans le consentement de leurs coassociés, admettre un tiers à leur part dans la société, mais ils ne peuvent pas l'adjoindre à la société même; la confiance personnelle est la base de ce contrat; et l'ami de notre associé peut n'avoir pas notre confiance.

Rapport par Boutteville. — Voy. art. 1856 *in fine*.

Discours de Gillet : « C'est par choix que les associés se sont unis, la confiance mutuelle a été le premier motif de leur lien : aucun d'entre eux ne peut donc, sans le consentement des autres, adjoindre un étranger dans la société; il peut seulement lui donner un intérêt dans sa part : de là est venue cette maxime : *Socius mei socii non est meus socius*. »

SOURCES.

Leg. 47, § 1, D., lib. L, tit. XVII. — Leg. 19, D. *Pro socio*. — Leg. 20, 21, 22, 47, § ult., D. *De reg. juris*. — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. II, n° 5. — POTHIER. *Société*, nos 91, 95.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1733. Conf. à l'art. 1861, C. F.

Louisiane. — 2842. Conf. à l'art. 1861, C. F. *Il est ajouté* : Il répond des dommages causés par cette tierce personne à la société, comme des siens propres.

Sardaigne. — 1884. Conf. à l'art. 1861, C. F.

Canton de Vaud. 1337. Id.

Hollande. — 1678. Id.

Haïti. — 1630. Id.

Prusse. — 216. Id.

SOMMAIRE.

755. Du croupier et de sa position par rapport à la société.

755 2°. *La faculté de céder tout ou partie de l'intérêt qu'on a dans une société n'a pas toujours besoin d'être fondée sur une stipulation expresse.*

756. Définition qu'en donnent les lois romaines. Le croupier est associé de l'associé, mais il n'est pas dans la société.

757. La convention par laquelle on se donne un croupier est une vraie société. Erreur de l'opinion qui en fait un simple rapport de communauté.

758. Mouvement parallèle de la société principale et de la société dans laquelle le croupier est admis. En quoi la seconde se distingue de la première.

759. Suite.

760. Suite.

761. Suite.

762. Suite.

763. Position du croupier à l'égard des tiers; et d'abord à l'égard des créanciers de la société première.

764. Et à l'égard des créanciers de son associé.

765. Si le croupier n'est saisi à l'égard des tiers que par un transport signifié?

766. Suite.

767. De la position particulière du croupier, lorsque la société première est en participation.

768. Une seule société peut engendrer plusieurs sous-sociétés de croupiers. Ces sous-sociétés sont étrangères les unes aux autres.

769. Suite.

COMMENTAIRE.

755. Celui qui est associé dans une société civile ou commerciale peut se donner un associé dans sa part de sociétaire. Ce sous-associé n'est pas membre de la société première; son admission dans la part de celui avec qui il a contracté forme une société particulière et distincte (1); c'est pourquoi on l'appelle *croupier*, car il chevauche sur son partenaire et ne se distingue pas de lui.

755 2° (2).

756. La position du croupier a été fort bien signalée par les lois romaines. « Qui admittitur socius, « ei tantum socius est qui admittit, et rectè. Cùm « enim societas consensu contrahatur, socius mihi « esse non potest, quem ego socium esse nolui. Quid « ergo si socius meus eum admisit? *Ei soli socius « est; nam socii mei socius, meus socius non « est* (3). »

Ainsi, le croupier est étranger à la société première; il n'est que l'associé de l'associé; l'art. 1861 reproduit ces idées (4).

---

(1) Domat, liv. I, tit. VIII, sect. II, n° 5; Pothier, *Société*, n° 92; Stracchа, décis. 87, n° 1; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Croupier*; Malepeyre et Jourdain, n° 163; Persil fils, p. 46, n° 56; Duvergier, n° 375; Duranton, t. XVII, n° 444.

(2) **Add.** *La faculté de céder tout ou partie de l'intérêt qu'on a dans une société n'a pas toujours besoin d'être fondée sur une stipulation expresse.* — Pardessus, n° 973, dit à ce sujet : « Quelquefois la nature de l'association suffit pour assurer ce droit. C'est surtout quand la réunion d'intérêts entre diverses personnes tient plus de la simple copropriété ou communauté que de la société, et qu'elle est, si l'on peut s'exprimer ainsi, plus réelle que personnelle. Les associations en présentent des exemples fréquents. Ainsi nous avons vu que des copropriétaires de navires pouvaient vendre leur part sans avoir besoin du consentement des autres.

« Assez souvent, c'est la nature des conventions primitives qui annonce que les associés ont consenti que chacun d'eux pût vendre tout ou partie de son intérêt, sans autorisation nouvelle, et sans que les autres eussent besoin d'être consultés sur l'admission des cessionnaires. Cette présomption a lieu lorsque, en s'associant, les parties ont divisé l'intérêt social en actions. Une action étant une part dans la société, chaque associé, que dans l'usage on nomme *actionnaire*, est réputé autorisé par les autres à vendre celles qui leur appartiennent, et à rendre l'acheteur membre de la société.

« Par suite de ces principes, le cessionnaire, quelles que soient les clauses de la cession, est tenu de toutes les charges dont la part de son cédant est ou se trouve grevée par suite d'opérations relatives à la société, faites sans fraude, sauf son recours contre lui, s'il n'en a pas été chargé. »

(3) Ulpien, l. 19 et 20, D. *Pro socio*; l. 47, § fin., D. *de reg. juris*.

(4) *Junge* Cujas sur la loi 47, D. *de reg. juris*.

Add. Duvergier dit à ce sujet, n° 374 : « Le cessionnaire de tout ou partie des droits d'un associé n'a donc pas le droit d'ad-

757. On a cependant soutenu récemment que le contrat, qui intervient entre l'associé et le croupier, n'est pas un contrat de société, qu'il ne constitue tout au plus qu'un rapport de simple communauté (1). A ce compte, les lois romaines, le code civil, les interprètes grands ou obscurs, la jurisprudence tout entière, auraient vécu jusqu'à ce jour dans une profonde erreur; car, sans cesse, dans la théorie comme dans la pratique la plus invétérée, le nom d'associé a été donné au croupier. Or, il peut bien arriver que la science se trompe une fois, vingt fois. Mais se tromper toujours, est-ce possible? est-ce croyable?

Au surplus, je n'ai pas trop bien compris les raisons qu'on donne pour trouver en défaut, et le droit romain, et le code civil, et le droit universel. Le principal motif sur lequel on base la proposition, qu'il n'y a pas de société, c'est qu'il n'y a pas *de chose commune*, et cependant le nom qu'on impose à ce contrat est celui de *communauté!*

De plus, comment peut-on dire qu'il n'y a pas de chose commune? Quoi! la communication que l'associé fait d'une partie de son intérêt à un partenaire ne rend pas la chose commune et ne donne pas à la société un fonds social! La part gardée et la part cédée ne constituent pas un capital qui représente les mises de chaque associé (2)!

A la bonne heure, dit-on, mais les effets *ordinaires* des sociétés ne se retrouvant pas dans le contrat fait avec le croupier, on ne saurait le ranger dans la classe des sociétés. Je comprendrais l'argument, si l'on eût parlé des effets *essentiels* de la vraie société. Mais l'absence de certains effets *ordinaires* de la société me touche médiocrement. Et que m'importe, en effet, que le croupier ne puisse administrer, contrairement au droit commun, qui, à moins de convention contraire, donne à chaque associé le droit d'administrer? Quand même il serait vrai que le croupier a les mains liées (ce que je n'accorde pas dans tous les cas) (3), est-ce que le commanditaire n'est pas un vrai associé, lui à qui il est si sévèrement interdit de s'immiscer dans l'administration? Et que fait encore que le croupier n'ait pas l'usage des choses qui dépendent de la société et que la société ne soit pas dissoute par sa mort? En admettant comme vraies ces objections qui ne sont rien moins qu'évidentes (4), dans combien de vraies sociétés ces accidents ne se rencontrent-ils pas? est-ce que ce sont là des conditions essentielles de la société?

---

ministrer, comme son cédant, les affaires de la société; il ne peut ni voter dans les délibérations, ni user des choses qui composent le fonds social, ni exercer personnellement une surveillance, qui le mette en contact avec les membres de la société pendant sa durée. C'est seulement au moment des distributions périodiques de bénéfices et lors du partage définitif, qu'il lui est permis d'intervenir pour empêcher que ces opérations ne soient faites à son préjudice. Son droit, sous ce rapport, ne se borne pas à exiger que son cédant reçoive dans les profits ou dans le fonds la part qui lui est accordée par la convention, et que son lot soit composé de choses de même nature et valeur que les lots des autres associés; il est encore fondé à surveiller la formation de la masse. Si, par exemple, le cédant négligeait d'y faire rapporter des choses qui devraient y être comprises, s'il ne réclamait pas les indemnités dues à la société par quelques-uns des associés, ou s'il s'abstenait de demander celles qui lui seraient dues à lui-même, il est hors de doute que l'action du cessionnaire, tendante à faire réparer ces omissions, devrait être accueillie.

» Ce n'est là lui permettre que ce que pourrait faire tout créancier d'un associé, exerçant, en vertu de l'art. 1166 du code civil, les droits de son débiteur : et il ne faut pas, en effet, lui accorder davantage. Entre le cessionnaire et le créancier d'un associé, il n'y a d'autre différence que celle-ci : l'un tient son droit de la convention, l'autre de la disposition de la loi. Sans doute, s'ils se trouvent en concours pour la distribution du lot échu à l'associé, cette différence produit des conséquences graves que je vais bientôt indiquer; mais elle les laisse sur le pied d'une égalité complète, lorsqu'ils ont à agir contre la société. »

Op. conf. de **Persil**, p. 47, n° 55; de **Duranton**, n° 444, qui dit ici : « Mais nous ne pensons toutefois pas que le tiers pût s'immiscer dans l'administration des affaires de la société, malgré les autres associés, ni leur demander des comptes de leur gestion, de manière à la troubler, ou même de manière à exercer une inquisition gênante. Il faudrait, pour qu'il pût demander ces comptes dans le cours de la société, qu'il y eût des motifs graves, tel que serait le désordre des affaires de la société ou de celui qui l'a associé à sa part. Du reste, celui-ci peut l'autoriser à faire ce qu'il pourrait faire lui-même, d'après les règles que nous avons expliquées plus haut. »

Dalloz, *Société*, n° 9, ch. I, sect. III, § 5, ajoute : « Réciproquement, celui qui s'est associé un tiers est responsable envers lui du dommage provenant soit de sa faute personnelle, soit de celle des autres associés (l. 22, D. *Pro socio*). Il est, en un mot, tenu de toutes les obligations d'un mandataire salarié envers ce tiers, qui ne peut en rien s'immiscer dans les affaires de la société, mais qui pourrait agir contre son cédant pour cause de fraude, si celui-ci avait consenti, dans l'intérêt des autres associés, des actes susceptibles de diminuer ses droits.

» Inutile d'ajouter que l'associé de celui qui a mis sa part en société, ne doit pas compte à la société des profits qu'il a faits avec l'associé dont il partage l'intérêt (*dict. leg.* 22). »

Pardessus, n° 974, n'accorde au croupier ou participant que les droits qui dérivent de l'art. 1166 du code civil.

Jurisprudence. — Celui qui, en effectuant une mise de fonds pour une entreprise, n'a traité qu'avec un des associés (en participation), ne peut prétendre à la qualité de membre de la société, ni exiger, par suite, aucune reddition de compte des autres associés (code civil, art. 1861). (8 avril 1840. Req. Paris, Garcias. **Dalloz**, XL, 1, 227.)

(1) **Duvergier**, n° 375.

(2) **Add.** Il est vrai de dire que **Duvergier** n'insistait pas sur cette objection, puisqu'il s'exprime ainsi, *loc. cit.* : « Même lorsque la cession est faite à titre onéreux, n'est-il pas vrai qu'il n'y a point d'apport fourni par chacun des contractants, et point de chose commune formée par leur réunion? Cela paraît incontestable; car la somme d'argent que paye le cessionnaire, entre dans la caisse du cédant, devient sa propriété personnelle; elle n'est donc pas la mise du cessionnaire.

« Lorsque la cession a lieu à titre gratuit, il n'y a plus même l'apparence d'apport.

» Cette première réflexion semble exclure toute idée de société; mais il faut reconnaître avec Pardessus, « qu'il n'est pas « toujours nécessaire que ce qui est donné par une personne, « pour devenir membre d'une société, y entre effectivement, et » concoure à en former l'action. » Pour justifier cette proposition, qu'on serait tenté de repousser comme un paradoxe, il suffit d'analyser avec soin la convention qui intervient entre l'associé et le tiers, à qui il transmet une partie de son intérêt. Au moyen de la cession gratuite ou onéreuse, le cessionnaire acquiert une portion des droits du cédant. Quand il en est ainsi devenu propriétaire, il l'unit de nouveau à celle qui est restée dans les mains du vendeur ou donateur, et une masse commune, un fonds social se forme réellement par la réunion des choses appartenant à chacun des contractants. »

(3) Très-souvent un associé chargé d'une branche de l'administration sociale ne se donne un croupier que pour partager avec lui cette administration.

(4) Le croupier peut très-bien avoir l'usage des choses comprises dans la part de son coassocié.

Sa mort peut aussi rompre la société, et l'on verra plus bas qu'il n'y a rien d'impossible à faire un partage tant que dure l'autre société, n° 762.

758. Nous disons donc que lorsque l'un des associés admet, à l'insu des autres, une personne en communication de sa part, il y a désormais deux sociétés distinctes (1).

Il suit de là que chaque société engendrera des rapports séparés, et qu'il ne faudra pas nécessairement étendre à l'une les prestations et les obligations de l'autre. Mais, pour mieux montrer le mouvement parallèle de ces deux sociétés, posons un exemple.

Primus, Secundus et Tertius ont contracté une société, dont l'objet est de faire des armements maritimes. Tertius, préposé à l'administration dans la ville de Bordeaux, tandis que Primus travaille à Marseille, et Secundus au Havre; Tertius, dis-je, se donne pour croupier Quartus dont l'habileté lui est connue. Evidemment Quartus n'est que l'associé de Tertius; il n'est pas l'associé de Primus et Secundus.

De là plusieurs conséquences.

1° Primus et Secundus n'entreront pas en communication de leurs gains et de leurs pertes avec Quartus qu'ils ne connaissent pas (2). Par réciprocité, si Quartus, préposé par Tertius aux opérations relatives à sa gestion, fait quelques gains, même quelques gains provenant des effets de la société, il n'en fera part qu'à Tertius son associé; mais il n'aura pas à compter avec Primus et Secundus (3).

Il est vrai que Tertius devra rapporter à la masse commune de sa société avec Primus et Secundus tout le gain qui aura été tiré de la chose appartenant à cette société et remise par lui, Tertius, entre les mains de Quartus. Par exemple, la société possède à Bordeaux des chantiers dont Quartus aura tiré grand parti par des locations avantageuses : Tertius devra certainement apporter à la masse commune le gain de cette opération (4). Mais faisons-y bien attention : c'est là une affaire entre Tertius et les membres de sa première société; celle-ci n'aura pas l'action directe *pro socio* contre Quartus, qui ne fait pas partie de la société, et qui ne lui doit pas de compte. Tertius seul pourra agir par cette action contre ce dernier (5).

759. Par contre, si le croupier a causé, par sa faute, quelque dommage à la société, ce n'est pas contre lui que Primus et Secundus auront l'action directe *pro socio*. A leur égard, il n'est qu'un préposé de Tertius (6). Tout au plus la société pourra-t-elle agir contre Quartus par l'action civile en dommages et intérêts, édictée par l'art. 1852 du code civil.

Quant à Tertius, il n'en sera pas moins tenu envers ses coassociés, comme si lui-même eût causé ce dommage; car le fait de Quartus est le sien, au regard de ses coassociés (7). Mais Tertius aura contre Quartus son action directe *pro socio* en réparation.

Suivant Pomponius, il n'était pas invraisemblable de soutenir que Tertius pouvait se borner à céder ses actions contre Quartus à la société Primus et Secundus, pour que celle-ci les fit valoir à ses risques et périls, de telle sorte qu'il fut quitte si Quartus était insolvable. Mais Ulpien repousse cet expédient. Tertius doit indemniser pleinement ses associés; à lui la faute de s'être donné pour auxiliaire quelqu'un qui ne méritait pas sa confiance : ***Difficile est negare culpâ ipsius admissum*** (8).

760. Ce concours des deux sociétés, qui paraît avoir beaucoup préoccupé les jurisconsultes romains, avait donné lieu à la question suivante. Tertius, actionné pour réparer le dommage causé par Quartus, pourra-t-il prétendre qu'il peut être compensé jusqu'à due concurrence avec les profits que Quartus aura procurés à la société? Pomponius, trop enclin à favoriser Tertius dans les réponses que nous avons de lui

---

(1) « Duæ sunt *societates*, » dit Favre (*Rat.* sur les lois 22 et 23, D. *Pro socio*).

(2) Ulpien, l. 21, D. *Pro socio*.

(3) *Ibid.*

(4) **Add.** Malepeyre et Jourdain, n° 164, ne sont pas de cet avis; ils disent : « Le croupier, étant étranger à la société, ne lui doit pas compte des gains qu'il peut faire par son industrie, lors même qu'ils proviendraient de choses appartenant à la société, pourvu que ce ne soit pas des fruits naturels, mais des fruits nés de sa propre industrie (l. 21, D. *Pro socio*) : il n'est tenu d'en faire part qu'à son associé. La société n'aurait aucune action contre ce tiers, *ni même contre l'associé*, pour le forcer à rapporter la part qui lui serait échue dans l'opération faite par le croupier; car l'associé ne doit compte que des gains qu'il fait par sa propre industrie (code civil, art. 1847), et la société n'aurait d'autre droit que celui d'exiger qu'il lui tînt compte de ce qu'il aurait tiré pour mettre aux mains de ce tiers, sauf les dommages-intérêts qui pourraient être prononcés contre l'associé, si la société secondaire faite avec le croupier causait préjudice à la société principale. »

(5) Ulpien, *loc. cit.*; Pothier, *Société*, n° 92.

Add. On lit dans Duvergier, n° 376 : « Pothier prévoit le cas où le tiers, à qui l'un des associés a cédé partie de ses droits, s'est, contrairement à la règle qui lui est imposée, immiscé dans la gestion des affaires de la société; et il enseigne que le fait de ce tiers doit être regardé comme le fait propre de l'associé, soit pour le profit, soit pour le dommage, puisque c'est lui qui l'a préposé. Développant sa pensée, il décide que, si ce tiers a obtenu quelque gain provenant des choses formant l'actif social, ou s'il a causé quelque dommage à la société, les associés n'ont pas d'action directe contre lui, pour lui faire rendre compte du gain ou obtenir une indemnité à raison du dommage; qu'ils ne peuvent s'adresser qu'à leur associé, à raison des actes de son représentant.

« Dans le projet présenté au conseil d'État, l'article 1861 contenait un second alinéa ainsi conçu : « Il (l'associé) répond des dommages causés à la société par cette tierce personne, comme de « ceux qu'il aurait causés lui-même. » Cette disposition fut supprimée, et il n'est pas inutile de rappeler la courte discussion qui a amené le retranchement; on y verra la confirmation de la doctrine de Pothier.

« Defermon faisait remarquer que le dernier alinéa paraissait être en contradiction avec le premier; » car, s'il est permis, disait-il, à l'un des associés d'introduire un tiers dans la société, il « ne doit pas répondre de lui. »

Après avoir rappelé cette discussion, Duvergier ajoute : « La disposition fut en effet retranchée, et l'on voit par quel motif. Ainsi, la responsabilité de l'associé envers ses coassociés, et le droit de ceux-ci d'agir contre lui, quoique non exprimés, sont incontestables. »

(6) Arg. de la loi 23, § 1, D. *Pro socio*; Berlier (Fenet, t. XIV, p. 376).

Add. Op. conf. de Malepeyre et Jourdain, n° 165.

Duvergier n'est pas de cet avis. Voici ce qu'il dit, n° 376 : « Est-il également vrai que toute action directe contre la tierce personne soit absolument interdite aux associés? Je ne le crois pas. Berlier disait avec raison que, relativement à la société, le fait de la tierce personne cessionnaire d'un associé, qui s'immisce dans la gestion des choses sociales, a le même caractère que celui de toute autre personne entièrement étrangère à chacun des associés, et qui viendrait se mêler de gérer les affaires de la société. Or, certainement contre celle-ci les associés auraient le droit d'agir directement, soit pour lui faire rendre les bénéfices qu'elle se serait procurés, dans le maniement des choses composant l'actif social, soit pour obtenir la réparation des pertes qu'elle aurait causées à la société. »

(7) Ulpien, *loc. cit.* : « Sed *factum ejus præstabitur societati, id est, aget socius et societati præstabit quod fuerit consecutus.* » Pothier, n° 93.

(8) L. 23, D. *Pro socio*; Pothier, n° 93; Favre sur la loi 23 précitée.

sur ce sujet, Pomponius tenait l'affirmative; mais Ulpien, s'appuyant sur l'autorité de Marcellus et d'une décision de Marc-Aurèle, taxe d'erreur l'opinion de Pomponius : *Quod non est verum* (1). Est-ce donc, en effet, que si Tertius fût coupable d'un dommage personnel causé à la société, il lo pourrait compenser avec les gains qu'il lui aurait procurés? (Art. 1850 du code civil.) Est-ce qu'il fait autre chose que son devoir en procurant l'avantage de la société? Et d'ailleurs n'est-il pas vrai que les gains obtenus par un associé sont la propriété commune, tandis que les pertes occasionnées par sa faute lui restent propres (2)? Eh bien ! le fait de Quartus est, à l'égard de Primus et Secundus, le fait de Tertius qui doit s'imputer d'avoir mal placé sa confiance. Quartus est son représentant. On doit juger le fait dommageable de Quartus, du même point de vue que si Tertius s'en fût rendu coupable (3).

761. De même que Tertius doit faire raison à la société Primus et Secundus du gain et de la perte provenant du fait de Quartus, son croupier, de même il doit faire raison à Quartus, et du dommage causé par la faute de lui, Tertius, et du dommage causé par le fait de Primus et Secundus dans la part mise en sous-société. En effet, Tertius a l'action *pro socio* contre Primus et Secundus pour la réparation de ce dommage; il doit, par conséquent, y faire participer son croupier (4). Ainsi, si Primus et Secundus emportaient la caisse sociale, Tertius, ayant action contre eux pour leur faire réparer leur dol, devrait communiquer à Quartus le bénéfice de cette action; le jurisconsulte Caius tranche ce point de la manière la plus formelle (5).

762. Mais si Primus et Secundus sont insolvables, Tertius sera-t-il quitte envers Quartus par la cession de son action? ou bien devra-t-il garantir pleinement et efficacement Quartus? On voit que c'est la question du n° 759, retournée du côté du croupier.

Merlin, après une discussion approfondie, décide que le croupier ne doit pas entrer dans les pertes causées à son cédant par l'insolvabilité des associés de celui-ci (6). Mais je crois, avec Duvergier, que c'est une erreur (7); et aux excellentes raisons données par cet auteur j'ajouterai quelques arguments puisés dans les textes.

Suivant le jurisconsulte Caius, Tertius est garant, envers son cessionnaire, du fait de ses associés : *Factum quoque sociorum debet ei præstare, sicuti suum.* Voilà sa proposition; elle est générale : elle semble, au premier coup d'œil, donner gain de cause au système de Merlin. Mais continuons et voyons la raison sur laquelle s'appuie Caius : *Quia ipse adversus eos habet actionem.* C'est donc parce que Tertius a une action en indemnité contre Primus et Secundus, que Quartus a une action pareille contre lui; c'est parce que Caius suppose que cette action produira une réparation, qu'il décide que Quartus doit en partager le profit!

Mais si l'action est infructueuse par l'insolvabilité de Primus et Secundus, sera-t-il rationnel de décider que Tertius n'en sera pas moins garant? Ne brisera-t-on pas la chaîne des idées de Caius? L'argument sur lequel repose sa réponse étant écarté, ne fausse-t-on pas sa conclusion en la greffant sur d'autres prémisses?

Mais faisons un pas de plus.

---

(1) L. 23, § 1.

(2) FAVRE sur la loi 1, § 1, D. *Pro socio*.

(3) POTHIER, 93; voyez l'art. 1850 du code civil.

Add. Op. conf. de DELEURIE, n° 11110; de ROLLAND DE VILLARGUES, *Société*, n° 91; de DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. III, art. 1, § 5, n° 8, où il ajoute : « Au surplus, l'associé poursuivi en réparation du dommage causé par le tiers qu'il s'est associé, peut mettre celui-ci en cause, et agir contre lui en garantie. »

(4) CAIUS, l. 22, D. *Pro socio*; FAVRE sur cette loi; POTHIER, n° 94.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Quest. de droit*, v° *Croupier*.

(7) N° 380.

Add. Où DUVERGIER dit : « De ce que l'associé est garant des faits de son cessionnaire envers la société, Merlin conclut que l'associé est aussi tenu de garantir son cessionnaire des pertes résultant de l'insolvabilité de ses coassociés.

« Le croupier, dit-il, n'a rien de commun avec les associés de « son cédant. La société particulière qu'il a contractée envers « lui subsiste par soi; elle est, selon l'expression de Domat, *sépa-* « *rée de la première*. Voilà sa *nature*.

« Son *objet* est l'entreprise formée par la société principale, et « cet objet est purement *réel*. On vient de voir que les personnes « avec qui le cédant est associé n'ont rien de commun avec le « croupier; c'est donc uniquement à la chose que le croupier « doit prendre part.

« Ainsi il entrera dans toutes les pertes qui naîtront de l'entre- « prise même. Si un incendie consume le magasin dans lequel « sont renfermées les marchandises pour le commerce desquelles « on s'est associé, si quelques-uns de ceux à qui on les a vendues « n'en payent pas le prix, le croupier en souffrira comme son cé- « dant; cela est sans difficulté.

« Mais il ne sera nullement chargé des pertes qui proviendront « des associés mêmes de son cédant, parce qu'il n'est point garant « de leurs faits. Qu'ils enlèvent la caisse de la société, qu'ils de- « viennent insolvables, peu lui importe. Ces pertes ne regardent « point la société considérée en soi, mais seulement les associés « entre eux; et loin qu'elles puissent rejaillir de la personne de « son cédant sur la sienne, il aura au contraire une action contre « son cédant même, pour s'en faire indemniser. »

« Cette opinion ne me paraît pas devoir être adoptée.

« Elle est fondée sur la supposition que l'associé cède à son croupier ses droits sur les choses qui forment le fonds social, en faisant abstraction de ses rapports avec ses coassociés.

« C'est là, si je ne me trompe moi-même, une erreur évidente.

« Nous supposons que la cession est faite en termes généraux, sans clause spéciale qui puisse révéler telle ou telle intention particulière. Que cède alors l'associé? Sa portion dans les choses qui composent le fonds social? Non. Ce n'est pas là rigoureusement ce qui forme l'objet du contrat. L'associé transmet partie de ses droits dans la société. Or, ces droits, lorsque le moment de les exercer sera venu, lui procureront un lot composé de choses appartenant à la société, ou d'une action en indemnité contre les associés, si les choses ont péri par la faute ou le dol de ceux-ci. Le croupier lui-même n'a donc et ne peut avoir rien de plus.

« Sans doute, il est de principe que la cession n'établit point de rapports directs entre le cessionnaire et les coassociés du cédant. Cela signifie que le cessionnaire ou croupier n'a point le droit de prendre place parmi les associés, d'intervenir dans les délibérations sociales et de se mêler de la gestion. Mais cela ne dit point que, s'il y a des pertes causées à la société par des actes illicites des associés, le croupier n'en ressentira pas le contre-coup.

« Merlin prétend que ces pertes ne regardent point la société considérée en soi, mais seulement les associés entre eux. Il est obligé de poser ce principe pour arriver à la conséquence qu'il adopte. Si donc il est démontré qu'au contraire la société, l'être moral, la personne civile, est atteinte par les pertes dont il est ici question, le cessionnaire d'un associé ne pourra prétendre qu'il y est étranger. Or, qui doute que c'est sur la société même que retombe la perte causée par le dol ou la faute d'un associé? Les lois romaines, le code civil et leurs commentateurs sont unanimes sur ce point. Il suffit de rappeler la disposition de l'article 1850 : il y est formellement dit que chaque associé est tenu *envers la société* des dommages qu'il lui a causés par sa faute. »

Tout à l'heure, nous avons vu Ulpien réprimander Pomponius pour avoir cru que Tertius pouvait se décharger de l'insolvabilité de Quartus, en abandonnant à ceux-ci son action contre son partenaire. Mais pourquoi Ulpien veut-il que l'insolvabilité de Quartus retombe sur Tertius? Parce que Tertius, en s'adjoignant Quartus, a commis une faute dont il doit porter la responsabilité. Or, dans l'hypothèse inverse qui nous occupe, le même reproche peut-il être adressé à Tertius par Quartus? Ce dernier est-il fondé à se plaindre de ce que Tertius s'est donné pour associés des personnes indignes de confiance? Est-ce qu'il n'a pas pris la société telle qu'elle était constituée, avec ses éléments préexistants de prospérité et d'infortune?

Ainsi donc, de tous côtés s'évanouissent les raisons qui, dans d'autres cas, légitiment la garantie de l'insolvabilité, tandis que de graves arguments se présentent en foule pour l'écarter dans notre espèce.

Le premier, c'est que l'insolvabilité des associés est une perte de la société (argument de l'art. 1850). Donc, la part de société transmise au croupier doit en être atteinte; sans cela, elle ne serait pas une part de société.

Le second, c'est que la cession de part dans une société contient transport dans une universalité de droits, et que, dès lors, c'est le cas d'appliquer, par argument, l'art. 1696 du code civil, sur la vente d'une hérédité, laquelle n'entraîne pas la garantie du nombre, de la nature, de la valeur des objets qui composent la succession (1).

Le troisième argument se tire d'un arrêt de Douai du 17 décembre 1780, qui décide que le croupier d'un sieur Lemoine, dans une entreprise, devait supporter sa quote-part dans le surcroît de charges avenu par l'insolvabilité des associés. Merlin, qui cite cet arrêt, prétend l'expliquer par une circonstance particulière que voici : c'est que l'acte de cession, quoique muet sur notre difficulté, avait été constamment exécuté comme s'il eût expressément contenu la convention que le croupier supporterait sa part d'insolvabilité! L'explication est singulière! Voyez, en effet, le malheur de cette pauvre société dans laquelle la ruine des associés était devenue un de ces faits si fréquents, un de ces usages si constants et si bien avérés, qu'il fallait lui appliquer la règle de Dumoulin : Talis præsumitur titulus præcessisse *qualis apparet* esus et possessio (2)!

Le seul côté un peu spécieux de l'argumentation de Merlin est celui-ci : Les droits du croupier envers son cédant, dit-il, dépendent si peu de l'événement des poursuites du cédant contre ses coassociés, que Caius décide, dans la loi 22, D. *Pro socio*, que les poursuites du croupier contre le cédant peuvent précéder les poursuites du cédant contre les membres de la première société. Donc, le croupier n'est pas tenu d'attendre une discussion préalable; donc l'insolvabilité de Primus et Secundus est pour lui un fait indifférent.

J'avouerai sans peine que, les deux sociétés étant distinctes, il y a une foule de cas où l'on pourra dissoudre et partager celle du croupier sans dissoudre et partager l'autre. Et, ici, qu'il me soit permis de signaler une inadvertance de Duvergier, qui considère le partage comme *impossible tant que dure la première société* (3). Duvergier a oublié ici le texte formel de la loi romaine; et, d'ailleurs, l'expérience de tous les jours donne des exemples de ces sortes de partages (4).

Quoi qu'il en soit, je n'ai donc aucune difficulté à admettre, au soutien de la doctrine de Caius, un arrêt du parlement de Douai, du 7 janvier 1765, qui ordonna à un sieur Coquelet, associé dans une entreprise d'avoine, d'entrer en compte avec un sieur Courville, son croupier, quoiqu'il n'eût pas apuré le compte général de l'entreprise avec ses coassociés (5). Supposons, en effet, que Coquelet fût seul gérant, que les autres membres de la société fussent inactifs, ou même qu'ils fussent de simples bailleurs de fonds quittes de leurs mises envers la société; ou bien encore, figurons-nous que les associés de Coquelet étaient dans un état de faillite si notoire qu'on n'en pût rien espérer : est-ce que dans ces circonstances, et autres qu'on peut suppléer au milieu du silence de Merlin sur le point de fait de cet arrêt, il y avait le moindre inconvénient à ordonner que le cédant et le croupier entreraient en compte? Est-ce que l'exception tirée de la nécessité de compter avec les autres associés n'était pas une mauvaise chicane?

Mais si le compte de l'une des sociétés est de nature à exercer une légitime influence sur l'autre, est-ce que la justice ne devra pas ordonner un sursis? Est-ce qu'il est jamais venu dans la pensée de Caius de décider le contraire? Qu'on lise Pothier : dans l'hypothèse bien plus grave où Tertius est positivement garant de l'insolvabilité de Quartus, Pothier veut que Tertius, avant de descendre à l'action de Primus et de Secundus, soit autorisé à exercer contre Quartus son action préalable (6). Et l'on voudrait qu'il en fût autrement, lorsque c'est le croupier qui est demandeur en compte, le croupier, disons-nous, qui doit nécessairement supporter le contre-coup des événements et des pertes qui affectent une société sur le dos de laquelle il est venu chevaucher! L'argument de Merlin tombe donc par ces observations. Aucun texte, aucune induction précise ne décide que l'événement des poursuites est toujours indifférent au croupier demandeur. La question reste par conséquent tout entière, et je crois avoir donné les raisons véritables de sa solution.

763. Reste à fixer la position du croupier vis-à-vis des tiers.

Il y a, parmi ces tiers, les créanciers de la société première à laquelle la société du croupier n'a fait qu'accéder; il y a aussi les tiers créanciers personnels de l'associé cédant.

Les premiers ne seraient pas fondés à exiger, par action directe, que le croupier contribuât aux dettes sociales; car les obligations d'une société, dont il ne fait pas partie, ne reposent pas sur sa tête.

Plus nette encore serait sa position si, par un acte de partage fait de bonne foi, il eût rompu sa société avant que les malheurs de la société mère eussent conseillé aux créanciers l'expédient désespéré d'agir contre lui (7).

764. Quant aux créanciers personnels de l'associé cédant, une remarque domine la situation; la société du croupier ne peut leur être opposée, qu'autant

(1) Mon *Comm. de la Vente*, t. II, nº 965; *junge* Duvergier, *Société*, nº 380.

(2) Merlin cite en effet cet adage à l'appui de son explication!

(3) Nº 375.

(4) Voy. un exemple aux *Quest. de droit* de Merlin, vº *Société*, § 7, nº 2. Un croupier, forcé d'aller aux armées, avait dissous amiablement sa société en rétrocédant sa part à son associé.

(5) Merlin, *Quest. de droit*, vº *Croupier*.

(6) Nº 93.

(7) Cassat. req., 25 ventôse an XIII; Merlin, *Quest. de droit*, vº *Société*, § 7, nº 2.

qu'elle a acquis date certaine avant leurs saisies et oppositions sur la part sociale de l'associé cédant (1).

Si cette condition existe, le croupier n'a pas à craindre leur concours; la part cédée lui appartient exclusivement; il la prend comme sienne, comme ayant cessé d'appartenir à son cédant (2).

765. Le mot de cession dont je me sers ici ne doit pas donner à penser que le croupier n'a pu être saisi que par un transport signifié à la société débitrice de la part cédée (3). En effet, le croupier n'a pas dû signifier son acte; car l'article 1690 n'est fait que pour les transports purs et simples; il ne regarde pas la mise d'une chose en société. Il n'a pas dû le signifier non plus, puisqu'il n'a jamais eu l'intention de lier à lui la personne de la société (4), et qu'au contraire il est de sa destinée de rester étranger à la société. Il n'a pas dû le signifier, enfin, car la société n'est pas devenue son obligée; elle n'a pas admis qu'il fût au lieu et place de son cédant, qu'elle ne dût avoir affaire qu'à lui, que le titre qui établissait des rapports entre elle et ce même cédant fût passé sur la tête du croupier. Bien loin de là! Elle le repousse de tous côtés; elle n'accepte aucun changement dans le rôle du cédant; elle ne voit aucune modification dans le titre et dans les relations de celui-ci avec elle; elle le retient pour associé, et repousse le croupier en lui disant: Vous ne nous êtes de rien, nous ne vous connaissons pas: *Socius socii mei non est mihi socius!* Or, dans ces circonstances, à quoi servirait une signification du transport? ne serait-ce pas un acte contradictoire avec la qualité de croupier?

766. Toutefois, si l'actif social comprenait des créances contre des tiers, et que, par le partage, ces créances fussent tombées dans le lot du croupier, celui-ci devrait signifier aux débiteurs son transport, afin de les empêcher de payer entre les mains de celui dont il a droit; et ce transport serait nécessaire, on le comprend facilement, pour le saisir à l'égard des tiers (5). Sans doute, l'existence seule de la société, prouvée par un acte ayant date certaine, l'investit de sa part dans les objets corporels, les deniers, les meubles, les titres au porteur; mais, à l'égard des créances, on rentre dans le droit spécialement établi pour la saisine de ces sortes de choses.

767. Au surplus, ce que je viens de dire du droit du croupier sur les choses de sa sous-société recevrait une exception, si cette société, comme il arrive très-souvent, était une association en participation, et si le cédant qui l'a admis comme participant était seul gérant saisi de tout l'actif. Ce point a échappé à Duranton et à Duvergier; c'est pourquoi je crois utile de m'y arrêter un instant, parce qu'il se présente fréquemment dans la pratique et qu'il offre une limitation très-grave des principes posés ci-dessus (no 764).

Posons un exemple:

Primus découvre un système d'épuration des huiles; il crée une société pour l'exploitation de son brevet d'invention; elle se constitue sous le nom de *Société d'épuration*, sous la raison *Pierre et compagnie*. Des avantages sont assurés à l'inventeur; on lui donne quatre-vingt-dix actions.

Primus cède à Secundus soixante actions (formant les deux tiers de sa part) moyennant 200,000 francs; il reste propriétaire de trente actions; et pour l'exploitation, tant de la part cédée que de la part conservée, Primus et Secundus forment une société en participation.

Secundus, n'ayant pas les fonds nécessaires pour payer ces 200,000 francs, forme une sous-association avec Tertius et Quartus pour raison des droits acquis par lui; cette sous-association est qualifiée *société en participation*, et elle présente, en effet, tous les caractères de ce genre de société: Secundus en est constitué gérant.

Cette société devait durer autant que la société Primus et Secundus. Celle-ci est dissoute; elle est liquidée; soixante et dix actions forment le lot de Secundus, qui retire plus qu'il n'a apporté par suite du succès de l'opération et des bénéfices réalisés.

Ces soixante et dix actions tombaient de droit dans la participation Secundus, Tertius et Quartus. Il fallait la liquider, puisque sa durée était calculée sur la durée de la première. Mais bientôt Secundus décède; on s'aperçoit de graves désordres dans ses affaires; sur les soixante et dix actions, plusieurs ont été dissipées. Alors arrivent en foule les créanciers de la succession; ils s'emparent des actions restantes et prétendent les partager avec Tertius et Quartus. Ceux-ci se prévalent de leur acte de société; mais on leur répond que Secondus était gérant de la participation; que, d'après les principes relatifs à ce genre de société, le gérant saisi de l'actif en est présumé propriétaire exclusif à l'égard des tiers qui ont contracté avec lui. Cette défense sera-t-elle admissible? On verra

---

(1) DURANTON, t. XVII, no 445; DUVERGIER, nos 378, 379.

(2) *Ibid.*

Add. DURANTON dit ici: « La raison de décider que le produit de l'action doit appartenir exclusivement au tiers, dans la mesure toutefois de son intérêt, se tire de ce qu'il est un cessionnaire, un acheteur de portion de la part de l'associé dans la société, et que bien qu'il paraisse exercer l'action de celui-ci en vertu de l'art. 1166, comme au nom et du chef de l'associé, néanmoins, en réalité, il l'exerce de son chef comme cessionnaire pour partie de cette même action. Un principal locataire a action contre un sous-locataire jusqu'à concurrence du prix de la sous-location qui serait encore dû au moment de la saisie; or, on ne prétendrait pas qu'il serait obligé d'admettre le concours des créanciers de son locataire direct, car le prix de la sous-location venant de sa chose, il doit lui appartenir exclusivement à tous autres créanciers de son débiteur. Un mandant peut aussi agir directement contre la personne que le mandataire s'est substituée (art. 1994), et l'on ne prétendrait pas non plus que les créanciers du mandataire peuvent demander à concourir avec lui sur le produit de cette action, par exemple dans le cas où le mandataire ayant reçu des sommes du mandant pour faire l'opération, ce mandataire les aurait remises à la personne qu'il s'est substituée, et qui les a employées à son profit. On trouverait bien d'autres cas encore où l'action, quoique paraissant être exercée en vertu de l'art. 1166 (comme dans les exemples ci-dessus, où celui qui l'exerce n'est point un cessionnaire proprement dit, et n'a cependant pas traité avec le tiers), n'admettrait pas le concours des autres créanciers de celui à qui compétait cette action comme produit direct de son contrat fait avec le tiers. Il en doit être ainsi, à plus forte raison, du cas qui nous occupe, où le tiers est évidemment un cessionnaire d'une partie de la part de l'associé sur la société, par conséquent d'une partie de son action contre elle. »

(3) *Ibid.* Leurs raisons ne sont pas les mêmes.

(4) Arg. de mon *Comm. de la Vente*, no 883.

(5) DURANTON et DUVERGIER, no 379.

Add. Voici l'opinion de DUVERGIER: « Les associés sont, à cet égard, entre eux, dans la même position que des cohéritiers. L'un n'est point le créancier des autres; ils sont tous copropriétaires de choses indivises. Il faut donc décider, en général, que le cessionnaire est saisi du jour où l'acte de cession a acquis date certaine, sans qu'il soit besoin de signification aux autres associés, ou d'acceptation par eux dans un acte authentique.

Duranton me paraît n'avoir pas assez nettement montré cette distinction. Tantôt il semble dire que le cessionnaire puise son droit dans l'art. 1166, tantôt il reconnaît que son contrat lui suffit. Cette hésitation nuit peut-être un peu à la clarté de sa discussion, mais il donne à la question que j'examine une solution parfaitement juridique. »

plus bas (1) qu'elle repose sur des données inébranlables ; et je puis dire que dans une espèce semblable, dont j'ai eu connaissance, les participants ont volontairement passé condamnation.

768. Quelquefois, l'associé, qui a une forte part dans une société, distribue cette part entre plusieurs croupiers étrangers les uns aux autres, et avec lesquels il forme autant de sous-sociétés distinctes qu'il y a de croupiers. Tous ces croupiers, quoique également entés sur la société mère, dont la substance les fait vivre de second main, ne sont cependant pas associés les uns des autres : associés de leur cédant, ils ne le sont pas entre eux (2). C'est ce qui arriverait dans la société *Pierre et compagnie* dont je parlais il n'y a qu'un instant, si Secundus, au lieu de mettre ses soixante actions en société avec Tertius et Quartus, n'en eût communiqué que cinquante, et que pour les dix autres actions restantes il se fût donné Quintus pour associé croupier. J'ai même vu Secundus, en habile spéculateur, récompenser les services de Sextus, croupier actif qui lui avait procuré des participants, et avec eux, l'argent dont il avait besoin, en l'associant aux droits et avantages résultant pour lui, Secundus, de la société avec Tertius et Quartus ; de telle sorte qu'il y avait croupier sur croupier et société sur société.

769. Ce qui serait plus singulier encore que cet enchevêtrement, c'est que Sextus voulût enlever à Tertius et à Quartus les éléments de leur actif social et venir au partage avec eux au marc le franc. Sextus n'est pas leur associé; il n'a pas plus de droits que Secundus, dont il est l'ayant cause : il ne peut que participer à ce qui reviendra, par le résultat de la liquidation, à Secundus, pour son tiers.

SECTION DEUXIÈME.

DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS.

SOMMAIRE.

770. Objet de cette section. Transition aux articles qui la composent.

COMMENTAIRE.

770. Cette section, qui termine le chapitre III, se compose de trois articles si intimement liés ensemble que nous les réunissons dans le même commentaire. On y trouvera le développement de l'importante matière des droits des tiers contre la société. Nos observations continueront à s'appliquer aux sociétés de commerce comme aux sociétés civiles.

Art. 1862. Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 8. *En société de commerce, l'associé oblige de plein droit ses associés pour le fait de leur commerce commun, quand l'acte de société a été rendu public par l'enregistrement, et que cet acte lui donne la signature.*

Art. 9. *En toute autre société particulière, il n'y a que l'associé contractant qui s'oblige, à moins qu'il n'ait procuration des autres.*

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 929. *Dans les sociétés de commerce, l'un des associés oblige les autres lorsqu'il signe les actes en nom collectif, en ajoutant à sa signature* et compagnie.

Art. 930. *En toute autre société que celle de commerce, nul ne peut obliger ses associés, s'ils ne lui en ont conféré le pouvoir.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 51. *Dans les sociétés autres que de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales, et nul ne peut obliger ses associés, s'il ne lui en a conféré le pouvoir* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 32. Conf. à l'art. 1862.

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE DOUAI. — Art. 51. Il faut lire probablement : *s'ils ne lui en ont conféré le pouvoir.*

Quant à la disposition même, on n'aperçoit pas de raison plausible pour distinguer ici les sociétés ordinaires d'avec celles de commerce ; et il y a beaucoup de motifs pour pré-

(1) N° 864.

(2) CUJAS sur la loi 47, D. *De regulis juris.*

férer à cet égard la loi romaine, qui rendait solidaires tous les associés indistinctement.

Trib. de Rouen. — Art. 51. Nous observons, au surplus, qu'on a omis un des premiers principes qui dérivent de la nature de la société. Ce principe est que la société forme une personne fictive et morale, séparée des associés, et qu'en conséquence on ne peut saisir les immeubles ou les fonds de la société pour la dette personnelle de l'un des associés, lorsque la société est légale et authentiquement constante, sans préjudice, toutefois, des hypothèques antérieures sur les immeubles qui auraient appartenu à l'un des associés.

MOTIFS.

Treilhard : « C'est aussi dans l'acte même de société qu'il faut chercher la mesure des engagements des associés envers des tiers.

« Un associé ne peut engager la société qu'autant qu'il contracte en son nom et qu'il a reçu le pouvoir de le faire. Celui qui traite avec l'associé peut demander, s'il a des doutes, la communication de l'acte de société. S'il n'a voulu que l'engagement personnel de celui avec qui il traitait, il n'est certainement pas fondé à prétendre que les autres associés soient engagés avec lui ; bien entendu toutefois que tout se passe sans fraude, et que le tiers n'est pas en état de prouver qu'il a été trompé par l'associé, ou que la chose a tourné au profit de la société. »

Rapport par Bouteville : « Les sociétés de commerce soumettent les associés à des obligations étendues et rigoureuses envers les tiers ; les règles particulières à ces sociétés seront développées dans le code de commerce.

« Celles qui concernent les sociétés étrangères au commerce, moins étendues, moins sévères, se trouvent renfermées dans ces deux notions fort simples, qu'il n'y a jamais solidarité dans les obligations qu'en conséquence d'une stipulation expresse ; que toute convention ne lie que ceux qui l'ont formée, et qu'ils sont seuls présumés légalement en connaître les conditions.

« Il n'y a donc pas solidarité entre associés dans les sociétés étrangères au commerce. L'obligation d'un seul n'engage pas les autres, s'il n'en a reçu de ses associés expressément le pouvoir.

« Le tiers qui contracte avec les associés, toujours censé ignorer leurs conventions particulières, peut demander à chacun d'eux une part égale de sa créance, à moins qu'il n'ait été averti, par la convention même, que l'un des associés avait une part moindre que les autres, et qu'il n'entendait s'engager qu'en proportion de sa part.

« L'associé enfin qui, en contractant, déclare, mais sans en tenir le pouvoir de ses associés, que c'est pour le compte de la société qu'il traite, n'en demeure pas moins le seul obligé, et ne lie les autres qu'autant que l'obligation aurait tourné au profit de la société.

« Ces dispositions ne sont que l'application de principes très-connus et déjà consacrés.

« Qu'est-ce, en effet, que la législation relative aux contrats ? Quelles règles peut-elle tracer ? Quelles obligations peut-elle imposer aux parties, si ce n'est celles qui résultent de leur propre volonté et de la nature même des choses ? Le but du législateur n'est-il pas toujours de les ramener à la loi qu'elles se sont faite, à la bonne foi qu'elles se doivent, et à la raison à laquelle trop souvent elles résistent, mais qu'aussi quelquefois des événements imprévus leur rendent difficile à entendre ? »

SOURCES.

Leg. 7, § 1, D., lib. III, tit. IV. — POTHIER. *Société*, nos 98, 103.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1734. Conf. à l'art. 1862, C. F.
Sardaigne. — 1885. Id.
Hollande. — 1679. Id.
Haïti. — 1631. Id.
Louisiane. — 2843. Un associé ordinaire n'est point obligé solidairement des dettes de la société, et aucun des associés ne peut obliger les autres, à moins de convention contraire.
Canton de Vaud. — 1338. Les associés sont tenus solidairement des engagements qui ont été contractés par l'un d'eux au nom des autres, et pour un objet relatif à la société.
Bavière. — Voy. à l'art. 1855, C. F.
Prusse. — 230. En général une société n'est engagée que par les obligations signées en commun. Mais lorsque la gestion a été confiée à des administrateurs, ceux-ci peuvent obliger la société comme mandataire.

Art. 1863. Les associés sont tenus envers le créancier avec lequel ils ont contracté, chacun pour une somme et part égale, encore que la part de l'un d'eux dans la société fût moindre, si l'autre n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 52. *Dans ces mêmes sociétés, chacun des associés est tenu envers le créancier pour sa part virile, encore que sa part dans la société fût moindre, si les parties qui ont contracté la dette ne s'en sont pas expliquées.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 33. *Dans ces mêmes sociétés, chacun des associés est tenu, envers le créancier avec lequel il a contracté, pour sa part virile, encore que sa part dans la société fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation sur le pied de cette dernière part.*

2e *rédaction.* — Art. 32. Conf. à l'art. 1863.

MOTIFS.

Treilhard : « Les dettes de la société sont supportées également par tous ses membres ; ils ne sont point solidaires entre eux lorsque l'acte qui les a réunis ne présente rien de contraire ; n'oublions pas qu'il ne s'agit pas ici des sociétés de commerce, mais seulement des autres sociétés qui peuvent se former entre les citoyens et pour tout autre objet.

« Vous avez consacré la maxime qu'une obligation n'est solidaire que lorsque le titre donne expressément le droit de poursuivre chacun des débiteurs pour le tout ; la disposition du projet sur ce point n'est qu'une application de cette disposition générale déjà sanctionnée. »

Rapport par Bouteville. — Voy. sous l'art. 1862.

SOURCES.

Leg. 12, 27, 82, D. *Pro socio.* — DOMAT. *Lois civiles*, lib. I, tit. VIII, sect. III, no 10. — POTHIER. *Société*, nos 104, 106.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1735. Conf. à l'art. 1863, C. F.
Sardaigne. — 1886. Id.
Hollande. — 1680. Id.
Haïti. — 1632. Id.
Louisiane. — 2844. Dans les sociétés ordinaires, chaque associé est obligé pour sa part dans la dette sociale, en calculant cette part suivant le nombre des associés, sans aucun égard à la part de chacun dans le capital ou dans les bénéfices de la société.
Prusse. — 238. Chaque sociétaire répond, comme garant, envers le créancier commun de la part de ses cosociétaires.

Art. 1864. La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 53. *Lorsque la dette d'une société autre que de commerce, n'a été contractée que par l'un des associés, il n'y a que celui qui l'a contractée qui en soit tenu envers le créancier, encore qu'il eût été exprimé que c'était pour le compte de la société, tant en son nom qu'au nom de son associé; à moins qu'il ne fût justifié, ou que son associé lui a donné pouvoir, ou que la dette a tourné au profit de la société.*
PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 34. Conf. à l'art. 1864.

MOTIFS.

Motifs et *rapport.* — Voy. sous l'art. 1863.
Discours. — GILLET : « La principale règle sur ce point, c'est que tous les associés sont égaux devant le créancier, sans considération de l'inégalité de leurs intérêts; mais, par une juste restriction, il n'y a d'obligation pour eux envers un tiers que celle qui résulte ou de leur engagement personnel, ou du mandat qu'ils ont donné pour la société, ou du profit que la société a tiré des effets de l'engagement. »

SOURCES.

Leg. 3, § 2, D. *de in rem verso.* — DOMAT. *Lois civiles*, lib. 1, tit. VIII, sect. IV, nº 16.

Deux-Siciles. — 1736. Conf. à l'art. 1864, C. F.
Sardaigne. — 1887. Id.
Hollande. — 1681. Id.
1682. Si l'associé a contracté au nom de la société celle-ci peut demander l'exécution de la convention.
Haïti. — 1638. Conf. à l'art. 1864, C. F.

SOMMAIRE.

771. Des obligations de la société à l'égard des tiers.
772. *Première hypothèse.* Des engagements contractés par un associé en son seul et privé nom. Les tiers n'ont pas action contre la société, quand même la société en aurait profité. Raison de ceci.
772 2º. *Conciliation de l'art. 1862 avec l'art. 1859 1º.*
773. Preuve tirée des lois romaines et d'un texte de Papinien. Merlin n'en a pas bien saisi le sens. Lumineuse explication de Cujas.
774. Pour prouver que le tiers a action contre la société qui a profité de seconde main du contrat, Merlin a cité Voet. Mais cette citation manque d'exactitude.
Au surplus, Voet lui-même a erré sur la portée du texte de Papinien.
775. Autres citations inexactes faites par Merlin à l'appui de son opinion.
776. Suite. Conclusion d'après Cujas, Favre, Pothier et l'article 1864 du code civil, que les tiers n'ont pas action contre la société quand la dette a été contractée *nomine privato*; et cela quand même la société aurait profité.
Les tiers ne peuvent avoir que l'action *oblique* at exercer les actions de leur débiteur contre la société.
777. Il n'est pas vrai qu'ils aient l'action directe *de in rem verso*. Base de cette action.
778. Dans le doute, un associé est censé traiter *nomine privato.*
779. Conclusion.
780. Application de ces principes à la *société en participation*. Examen critique de l'opinion de Merlin, favorable à l'action directe.
Appréciation de l'arrêt rendu sur ces conclusions. Preuve que la société avait agi en nom collectif.
781. Explication d'un autre arrêt de la cour de cassation.
782. Solution positive de la même cour pour exclure l'action directe.
783. A cette décision il faut joindre la jurisprudence de la rote de Gênes. Espèce notable rapportée par Straccha. Exposé du fait.
784. Raison des créanciers.
Les tiers n'ont pas besoin de prouver une préposition expresse.
785. C'était aux associés à désavouer celui qui agissait dans un nom social.
786. Eh bien! c'est comme institeur que le représentant a traité. Il a fait des emprunts; il en avait le droit.
787. La société était collective; elle avait un gérant public.
788. Raisons contraires des associés adoptées par la rote. Rien n'a été fait *nomine sociali.*
Il n'y avait pas de gérant expressément délégué.
789. Il n'y avait pas non plus de mandat tacite. Les conditions qui font qu'on est censé traiter avec un institeur manquaient.
790. Les associés n'étaient pas en nom collectif. Il n'y avait qu'une simple participation.
791. Suite.

828. Il en est de même des membres d'une *société en commandite* qui ne se sont pas immiscés.
829. Mais, en tant qu'ils sont tenus jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis dans la société, aura-t-on contre eux l'action directe ou l'action oblique?
Tous les auteurs antérieurs au code de commerce repoussent l'action directe.
830. Cependant leur règle n'est pas sans exception. Témoin la société pour les assurances créée par Colbert, qui était une société en commandite.
831. Examen de la question au point de vue du code de commerce, et diversité d'opinions parmi les auteurs.
832. Depuis que la commandite est tenue de se révéler par une raison sociale, il est difficile d'argumenter des doctrines qui ont été émises sur la commandite, à laquelle une raison sociale était interdite.
833. Suite. Argument de l'art. 1864 du code civil.
834. Réponse aux objections qui, ne tenant pas compte du changement introduit par l'existence d'une raison sociale, veulent écarter l'action directe.
835. Suite. Le gérant d'une commandite est un mandataire.
836. Suite.
837. Suite.
838. Le gérant d'une société en commandite agit pour la société et la représente. Réponse aux objections prises de l'ancienne commandite. Utilité des notions historiques présentées aux numéros 381 et suiv. sur les progrès de la commandite.
839. Suite.
840. Dans la société en commandite, il y a deux éléments inégaux : les gérants et les commanditaires; mais, dans leur sphère respective, ils sont tous tenus directement.
841. Il est vrai qu'on n'a pas d'intérêt de s'adresser aux commanditaires quand la société est debout; on ne le doit pas. Mais il en est autrement quand la société est dissoute.
842. Sinon, il y aurait lieu à des fraudes sans nombre.
843. Réponse à l'objection tirée de ce que le capital de la commandite peut être divisé en actions au porteur, et que, dans tous les cas, le commanditaire doit rester inconnu.
844. Examen des textes.
845. Réflexion finale et conclusion.
846. Du reste, on ne peut exiger du commanditaire le rapport des bénéfices.
847. *Troisième hypothèse.*
De l'engagement contracté par tous les associés ensemble.
Dans les sociétés civiles, chacun n'est tenu que pour sa part.
848. Les Romains appliquaient ces règles aux sociétés de commerce comme aux sociétés civiles.
849. Bizarrerie de ce point de droit quand on se rappelle que, chez les Romains, les tiers qui avaient contracté avec l'instituteur avaient une action solidaire contre tous les préposants. Aussi les peuples modernes y ont-ils dérogé, et l'on a voulu que la solidarité existât dans les sociétés de commerce, soit que l'engagement fût contracté par l'instituteur, soit qu'il fût contracté par tous les associés réunis.
850. A ce propos, examen du système de Frémery sur l'origine de la solidarité dans les engagements commerciaux.
851. Suite. Examen des textes invoqués.
852. Suite.
853. Efforts de Bartole pour maintenir les distinctions des lois romaines.
854. Mais ils sont inutiles. La solidarité est devenue de droit commun.
Conclusion.
855. La solidarité a lieu alors même que ce sont deux associés en participation qui donnent leur signature. Ils font acte collectif.
856. Dans les sociétés civiles chacun est tenu par tête et par égale portion.
857. Après avoir mis les créanciers en regard de la société, il faut les mettre en concours avec les créanciers personnels des associés.
858. Examen de la position par rapport aux *sociétés de commerce*. Les créanciers de la société sont préférables, sur les effets de la société, aux créanciers personnels des associés.
859. Et cela est vrai quand même ce seraient des associés eux-mêmes qui seraient créanciers de la société.
860. La préférence des créanciers de la société est telle qu'elle va jusqu'à exclure les femmes créancières de leurs maris associés pour leur dot. Une femme n'a pas hypothèque légale sur les biens appartenant à la société dont son mari fait partie.
Arrêt notable là-dessus.
861. Mais si un associé mettait dans la société un immeuble déjà grevé d'une hypothèque, cette hypothèque primerait les créanciers de la société.
862. Renvoi au n° 79, sur les compensations entre une dette de la société et une créance sur un associé.
863. Sur les biens personnels de l'associé, les créanciers de la société et les créanciers personnels ont des droits égaux.
864. La préférence des créanciers de la société s'applique-t-elle aux *sociétés en participation?*
865. A-t-elle lieu dans les *sociétés civiles?*
865 2°. *Les créanciers personnels d'un associé peuvent saisir et faire vendre ses droits dans la société.*
865 3°. *En Angleterre et en Amérique un nouvel associé n'est tenu que des engagements contractés depuis son entrée en société.*
865 4°. *Il faudrait chez nous, pour qu'il en fût ainsi, ou une convention formelle, ou la liquidation des opérations antérieures.*
866. De la position active des associés à l'égard des tiers.
867. Suite.
867 2°. *Conséquences de la solidarité quant à la chose jugée.*

COMMENTAIRE.

771. Voyons donc dans quels cas les associés sont obligés envers les tiers.

Trois cas peuvent se présenter :

L'un des associés a contracté en son propre et privé nom,

Ou bien il a contracté sous le nom commun,

Ou bien tous les associés ont contracté ensemble dans leur privé nom.

772. *Premier cas.* Le titre d'associé n'est pas un titre universel. En dehors de la société dont il fait partie, un associé a une foule d'affaires particulières, qu'il gère en son propre et privé nom. Il peut être mari, tuteur, propriétaire de domaines et de capitaux qui n'appartiennent pas à sa société (1), etc., etc. Ce

(1) *Decis. rotæ Genuæ*, decis. 14, nos 95, 96.

cercle d'opérations ne doit pas se confondre avec les opérations sociales, et la société doit rester étrangère à ce qu'un de ses membres a fait, non comme associé, mais comme personne exerçant des droits distincts. Il fallait donc établir un mur de séparation entre la société et les affaires privées des associés. Il fallait la sauver du recours des tiers, qui voudraient faire réfléchir contre elle des actes qui n'ont pas été faits sous son nom.

De là, cette règle dictée par le bon sens : c'est que, lorsque l'un des associés contracte seul, en son seul et privé nom, il s'oblige seul; ses coassociés ne sont pas obligés envers les tiers avec lesquels le contrat a été passé, et qui n'ont suivi que sa foi (1).

Quand même l'argent aurait été versé dans la caisse sociale, ces tiers n'auraient pas d'action directe contre les associés avec lesquels ils n'ont pas contracté (2). En règle générale, on ne s'informe pas de ce que l'emprunteur a fait de l'argent qu'il a emprunté; on n'a pas à s'enquérir des mains dans lesquelles cet argent est passé, pour se livrer à des recours sur elles. Le créancier a action contre celui qui lui a demandé de l'argent et dont il a suivi la foi; voilà tout. Mais de ce qu'après avoir emprunté cet argent en son propre et privé nom, l'associé l'a versé dans la caisse sociale, il ne s'ensuit pas qu'il doive y avoir une action contre la société avec laquelle on n'a pas traité, et dans la solvabilité de laquelle on n'a pas placé sa confiance. La société est une tierce personne. On n'a pas plus d'action directe contre elle que contre tout autre individu à qui l'emprunteur aurait remis l'argent.

772 2° (3).

773. Tel est le système des lois romaines (4). On s'étonne que Merlin, si exact ordinairement dans l'appréciation de leur esprit, ait cru qu'elles donnaient une action aux tiers contre les associés inconnus restés en dehors de l'emprunt, pourvu que les deniers aient été employés aux affaires sociales (5). En fondant cette assertion sur la loi 82, D. *Pro socio*, Merlin a montré qu'il n'en avait pas suffisamment étudié le véritable sens. Les meilleurs interprètes ont compris que ce texte de Papinien ne règle qu'un rapport d'associé à associé, une relation soumise à l'action *pro socio*, mais nullement un rapport de l'associé non dénommé au créancier.

Écoutons Cujas, qui s'est bien identifié avec les idées de Papinien.

« Le créancier, dit-il (6), n'a aucune action contre l'associé avec lequel il n'a pas contracté, quand même l'argent aurait tourné au profit de la société; car il est de droit commun qu'un prêteur n'a de recours que contre son emprunteur, mais jamais contre celui qui, par le fait de ce dernier, a profité de l'argent (7). On ne s'informe pas où l'argent est allé, mais qui l'a demandé, qui a contracté. « Non quærimus in cre« ditâ pecuniâ ad quem ea pecunia pervenerit, sed « quis eam pecuniam rogavit, quis contraxit, ut hic « solus obligetur. Etiam Seneca, 5, de beneficiis : « *Pecunia ab eo petitur, cui credita est, quamvis illa « ad me, aliquo modo, pervenerit* (8). »

« Les expressions dont se sert Papinien, *jure societatis*, démontrent ouvertement qu'il ne s'occupe que des obligations d'associé à associé. Ce qu'il a voulu dire, c'est qu'un associé n'est pas obligé d'indemniser son coassocié des dettes qu'il a contractées, à moins que l'argent n'ait tourné au profit de la société. Mais Papinien n'a nullement en vue le créancier. « Non « hic quæri in hac lege, *an alter socius creditori te« neatur actione creditæ pecuniæ*. « Le créancier n'a d'action que contre celui-là seul à qui il a prêté. »

Ici Cujas fait une courte digression sur les sociétés d'argentiers. « Il faut excepter, ajoute-t-il, les associés argentiers, *argentarios socios*. A leur égard, les règles sont différentes; chacun est tenu solidairement envers les tiers (9); ainsi l'a voulu l'intérêt public : *propter utilitatem publicam*; et la novelle 136 prouve que ce n'est pas là la seule singularité de la profession des argentiers. Comme les argentiers ont une action solidaire contre leurs débiteurs (10), il est juste que, par réciprocité, les créanciers d'une société d'argentiers aient une action solidaire contre eux, lorsque le contrat a été fait au nom de la société. Mais c'est une exception; elle doit être renfermée dans son espèce. Et dire, comme Cynus et Balde, que, dans les sociétés ordinaires, l'associé qui emprunte, au nom de la société, *communi nomine*, obligo solidairement ses coassociés envers les tiers, c'est une erreur qui doit être repoussée. »

Cette interprétation de la loi 82 est reproduite par le président Favre dans ses *Rationalia*. Ce savant auteur reconnaît que cette loi ne concerne pas les tiers; il établit que le versement à la société ne donne pas action directe contre elle, au créancier qui a contracté avec un associé figurant en son propre et privé nom. C'est aussi l'interprétation qui sert de guide à Felicius (11).

« L'associé qui ne contracte pas et l'associé qui con« tracte s'obligent entre eux par la nature de la so« ciété : *per naturam societatis*. Mais l'associé non « contractant n'est pas obligé envers le créancier et « ne peut pas être actionné par lui.

« Seulement, tout ce qu'on peut dire, c'est que le « créancier aura contre lui l'action oblique : Tamen « creditoris socius qui non contraxit, non tenetur et « non potest conveniri. Sed tenetur per obliquum (12);

---

(1) FELICIUS, ch. XXX, n° 2.

Add. Mais quant aux associés entre eux, DALLOZ, après avoir cité le texte de l'art. 1862, ajoute : « Mais il n'est pas nécessaire que ce dernier ait agi en vertu d'un pouvoir *exprès*, pour qu'il ait le droit de faire contribuer ses coassociés au payement de l'obligation qu'il a contractée pour la société. »

(2) Le président FAVRE sur la loi 82, D. *Pro socio*. Surtout CUJAS sur cette loi (*Respons. Papin.*).

(3) **Add.** *Conciliation de l'art.* 1862 *avec l'art.* 1859 1°.— BOILEUX dit à ce sujet, d'après DELVINCOURT : « Comment concilier la disposition de notre article, qui exige un pouvoir spécial, pour que l'un des associés oblige ses coassociés, avec l'art. 1859, n° 1, qui porte que les actes faits par chacun des associés sont valables, même pour la part de ses coassociés, sans qu'il ait pris leur consentement? L'un et l'autre article doivent être entendus en ce sens, que l'un des associés peut engager dans une mauvaise opération la part de ses coassociés, lorsqu'ils ne s'y sont pas opposés; car, il leur est facile, en ce cas, de connaître l'étendue de leur perte; mais que l'un d'eux ne peut, au moyen d'une obligation qu'il contracterait avec des tiers, obliger ses coassociés; car ceux-ci n'ayant pas conféré de pouvoirs, ne doivent pas être liés à leur insu. »

(4) Il faut combiner la loi 82, D. *Pro socio*, avec les lois 16, D. *de reb. creditis*, et 27, D. *de pactis*. L'arrêtiste de la rote de Gênes les résume en ces mots : *Socius non obligat socium*. (Décis. 14, n° 129.)

(5) *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2.

(6) Sur la loi 82, D. *Pro socio*, lib. III (*Resp. Papin*).

(7) Arg. de la loi *Eum qui*, C. *Si certum petatur*.

(8) Remarquez l'attention de CUJAS à s'environner des preuves qu'offre la littérature romaine.

(9) L. *Si unus ex argent.*, D. *de pactis*. Voy. notre préface.

(10) Loi précitée, *de pactis*.

(11) Cap. XXX, n° 3.

(12) N° 5.

« quia socius qui non contraxit est obligatus socio, « et per consequens, *per obliquum est obligatus creditori.* »

774. Merlin a cité Voet.

Il est vrai que Voet n'a pas vu (ainsi que plusieurs autres) que Papinien ne s'occupait pas des tiers créanciers, et que toute son attention était concentrée sur l'action *pro socio*. Mais, au surplus, Voet n'a pas dit ce que lui fait dire Merlin ; il n'enseigne pas que la dette personnelle de l'associé devient sociale par cela seul qu'elle a tourné au profit de la société. — Ecoutons-le parler : il essaye de fixer la position des associés à l'égard des tiers, et, pour y parvenir, il fait plusieurs distinctions mal comprises par Merlin (1).

D'abord, il suppose que la société est gérée par tous les associés en commun, et sans division. Comment les associés seront-ils tenus envers les créanciers? Ici Voet ne sous-entend pas que la dette a été contractée par un seul. Au contraire, le cas qu'il a en vue est celui d'une dette contractée par tous les associés ensemble, *per se*. Eh bien! les associés seront tenus pour leur part et portion dans la société, d'après Ulpien, en la loi 4, D. *de exercit act.*

Voici maintenant la deuxième hypothèse :

La société s'est donné un instituteur; ses autres membres n'agissent pas ; toute la gestion se fait par un représentant pris, soit parmi les associés, soit même parmi des personnes étrangères à la société. Cet instituteur oblige solidairement lui et tous ses associés (2), pour les dettes contractées *nomine sociali* (3).

Enfin, la troisième hypothèse est celle d'une société qui embrasse plusieurs branches et plusieurs régions. Chaque associé préposé à une branche, et chargé du commerce dans une région, est instituteur des autres et il les oblige solidairement (4), pour les dettes contractées *nomine sociali* (5).

Jusqu'ici Voet n'a entendu exprimer que le sens des lois romaines, obstraction faite des usages modernes. Maintenant, il change d'horizon ; il se transporte au sein du droit contemporain ; et il enseigne que, dans les deux dernières hypothèses, la jurisprudence nouvelle s'est éloignée des lois romaines, et que les associés ne sont tenus qu'au prorata.

Après cette courte digression, Voet revient à l'exposition des textes du droit romain (6); il reprend sa triple distinction, et c'est alors qu'il cite, sans le bien entendre, le texte de Papinien.

Plusieurs, dit-il, gérant en commun une société ; un seul fait des dettes : les autres associés en seront-ils tenus? Non, si la caisse sociale n'en a pas profité : oui, si les deniers ont tourné à l'avantage de la société. La loi 82, D. *Pro socio*, le décide ainsi.

Notons une chose à laquelle Merlin n'a pas fait attention : c'est que la dette a été contractée *nomine sociali*. Si Merlin s'était bien pénétré de l'esprit de tout ce passage, il aurait vu avec évidence que c'était là le point de vue de Voet : d'ailleurs la rubrique le dit en toutes lettres! Et, cependant, c'est dans ces paroles que Merlin a été chercher des preuves pour faire réfléchir sur une société des actes signés par un associé *nomine privato*! Evidemment, Voet, loin d'être de l'avis de Merlin, est tout à fait du nôtre ; nous revendiquons son témoignage, à part cependant sa méprise sur la loi 82.

Voet continue. Mais si la société, dit-il, agit par un instituteur, ou bien si elle a partagé son exploitation en plusieurs départements dans chacun desquels gère un associé qui est instituteur des autres, les dettes contractées par ces instituteurs obligent solidairement la société, sans qu'on s'informe si les fonds ont tourné au profit de la société. Pourquoi? parce que les fonds ont été prêtés en vue de la société, pour subvenir à ses besoins, et à une personne qu'elle avait instituée. Voet raisonne toujours dans l'hypothèse d'une dette contractée *nomine sociali*. Sa rubrique est expresse. Arrêtons-nous cependant encore pour relever une nouvelle erreur de Merlin. Il croit que Voet n'a multiplié les distinctions que pour faire ressortir les différences de la société anonyme et de la société collective; il n'y a pas de trace de cette pensée dans Voet. Comment le jurisconsulte aurait-il fait allusion à la société anonyme ou en participation, dans laquelle chacun travaille *sous son nom particulier* (7), lorsque, dans toutes ses hypothèses, il ne sort pas d'actes faits *au nom de la société*?

Ceci posé, Voet fait remarquer (8) que, par les mœurs modernes, l'associé qui n'est tenu que par le fait de son instituteur, agissant, comme il l'a dit, *nomine sociali* (9), peut se libérer en abandonnant sa part.

Enfin, il termine ainsi toute cette dissertation que très-certainement Merlin n'a pas lue dans son entier :

« Sed si sociorum unus, *non societatis, sed proprio nomine contraxerit*, socios reliquos, ne ab initio quidem in solidum, aut *ullâ ex parte obligatos reddit* (10). »

Que dire, maintenant? Voet est-il pour Merlin? La méprise du savant procureur général n'est-elle pas flagrante?

775. Ce qui n'est pas moins extraordinaire, c'est que Merlin ait pris pour auxiliaires Savary, Jousse et Bornier. Ces auteurs ont professé la thèse diamétralement contraire à celle de Merlin (11). Je renvoie là-dessus à la consultation de Cresp dans l'affaire Loubon aîné (12). Toute cette partie de la réfutation de Merlin est aussi solide que piquante ; on verra même comment Merlin a tronqué Bourjon pour le plier à son système.

776. Quant aux arrêts du parlement de Flandre rendus dans l'affaire Pagnier et Labbé, est-il vrai qu'ils soient aussi précis que le veut Merlin (13)?

Pagnier, associé avec Labbé pour la construction d'un moulin à vent, avait acheté des bois de Lenglet ; le traité avait été fait en son nom, mais les actes écrits portaient que les fournitures se feraient par Lenglet, *pour le moulin*. Ces déclarations de Pagnier, acceptées par Lenglet, n'étaient-elles pas une désignation suffisante de la société dont le moulin était l'objet? Ne pouvait-on pas dire, dès lors, que la dette avait été contractée *nomine sociali*, surtout si la société avait quelque notoriété? Dans des affaires de cette na-

---

(1) *Pro socio*, n° 13.

(2) L. 67, D. *Pro socio*. — L. 1, § dernier, l. 2 et l. 4, § 1, D. *de exercitor. act.* — L. 13, § dernier, et l. 12, D. *de institor. act.*

(3) Voy. la rubrique du n° 13 de Voet.

(4) L. 9, § 4, D. *de public.*

(5) Pour la preuve de ceci, voy. encore la rubrique de Voet.

(6) N° 14.

(7) Jousse cité par Merlin.

(8) N° 15.

(9) *Sic.*

(10) Et il cite la loi 67, § 1, D. *Pro socio*; le code du président Favre, lib. IV, tit. XXVII; Felicius et Brunemann.

(11) Savary, t. I, p. 50 et 59; Jousse, not. prélim. sur le tit. *Des sociétés*; ord. de 1673.

(12) P. 40 et suiv.

(13) *Quest. de droit*, v° *Société*, p. 555.

ture, où les faits ont tant de puissance, et qui provoquent tant d'arrêts d'espèces, il est dangereux de trop généraliser. Plus prudent est de s'en tenir aux doctrines de Cujas, de Favre, de Voet, que nous pouvons désormais appeler *nôtres;* Pothier les a résumées avec une admirable intelligence (1), et le code civil, à son tour, a résumé Pothier dans son article 1864. Cet article exige deux conditions pour que l'obligation réfléchisse sur la société. Se contenter d'une seule, comme le voudrait Merlin; rendre l'obligation sociale par cela seul que la société en aurait profité, ce serait se mettre en contradiction avec l'article 1864 du code civil, expression savante des vrais et purs principes du droit.

Nous disons donc que quand l'associé a contracté en son propre et privé nom, les tiers n'ont pas d'action directe contre la société, quand bien même elle aurait profité de l'acte. Les tiers ne peuvent exercer contre la société que les actions de leurs débiteurs : c'est là l'action oblique dont parle Foleius; c'est la seule qui leur compéta. Delvincourt (2) Delamarre et Lepoitevin (3) ont parfaitement aperçu cette vérité; Cresp, professeur de droit à Aix, l'a exposée dans la savante consultation (4) dont je parlais il n'y a qu'un instant.

777. Toutefois, Duranton (5), et après lui Duvergier (6), sans s'occuper des textes et des autorités si décisives que nous venons de rappeler, insistent pour l'action directe, en soutenant que la société, ayant fait profit de l'opération du coassocié, est tenue, sinon par l'action *creditæ pecuniæ*, au moins par l'action *de in rem verso*, qui est une action non oblique, mais directe.

Déjà cette erreur avait eu cours avant eux (7).

Mais qu'était-ce donc que l'action *de in rem verso?* C'était une action que l'on donnait à celui qui avait contracté avec un esclave ou un fils de famille, contre le maître de cet esclave et contre le père de ce fils de famille, lorsque le maître et le père avaient profité du fait de l'esclave ou du fils. On supposait que le tiers avait contracté plutôt avec ce maître ou le père qu'avec l'esclave et le fils. Mais sur quoi reposait cette fiction? Sur ce que l'état d'esclave et de fils n'avait pas été ignoré du créancier; sur ce que cet état notoire, ou facile à vérifier, avait été pour lui un indice que ces individus contractaient, non pour eux-mêmes, mais pour les personnes qui les avaient sous leur dépendance. Ainsi, derrière l'esclave et le fils apparaissait un débiteur sérieux, en vue duquel la négociation était censée avoir été faite. Voilà pourquoi l'action *de in rem verso* avait été instituée contre lui.

Mais trouve-t-on un tel concours de circonstances dans le cas qui nous occupe? L'associé n'est pas (qu'on me permette cette expression) une personne diaphane. S'il se cache pour figurer en son propre et privé nom, nulle transparence n'autorise à voir, à travers sa personne, la société comme intéressée à l'affaire; le tiers n'a ni pu ni dû la deviner; on n'a pas voulu qu'il comptât sur elle; on la lui a cachée exprès pour qu'il ne suivît pas sa foi, et qu'il fût bien convaincu qu'il n'avait affaire qu'à un nom privé. Donc, la société inconnue, impénétrable, et, par conséquent, *penitùs extranea*, n'a rien de commun avec le maître et le père de famille, à peine dissimulés par l'interposition de l'esclave et du fils.

On force donc la pensée des lois romaines quand on étend l'action *de in rem verso* au delà des cas que leur équité et leur sagesse avaient prévus. Est-ce qu'en droit romain cette action a jamais été donnée contre celui qui avait profité de seconde main, de l'emprunt fait *nomine proprio* par une personne *sui juris?* Est-ce qu'autrement les rapports individuels ne seraient pas sans cesse entravés? Est-ce qu'il y aurait moyen de traiter avec sécurité? Vous prêtez 10,000 fr. à Pierre; celui-ci devient propriétaire de cette somme : il en peut faire ce qu'il veut, car les deniers n'ont pas de suite : « *In creditum abit credita* « *pecunia.* » Si, plus tard, il me livre cette somme,

---

(1) N° 105.

(2) T. III, p. 016, note. *Junge* PRASIL fils, p. 41, n° 47.

(3) T. II, n°s 250, 252.

(4) Affaire Loubou.

(5) T. XVII, n° 449.

Add. DURANTON trouve la source de l'action des tiers dans les principes du quasi-contrat *negotiorum gestorum :* « Il en serait de même quoique l'associé n'eût pas déclaré dans l'acte qu'il contractait pour le compte et l'intérêt de la société; la partie dont la chose aurait tourné au profit de la société, aurait action contre elle jusqu'à due concurrence, et pour le tout, contre l'associé qui a contracté en son nom propre. Il n'y aurait même pas à distinguer, à cet égard, si l'associé qui s'est obligé était ou non chargé de l'administration, par l'acte de société ou par un acte postérieur; même dans cette dernière hypothèse, la société serait tenue envers cette partie, sinon directement, du moins indirectement, de même que celui dont les affaires ont été bien administrées est tenu de remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, et de l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris (art. 1375); or, dès que la chose, ainsi qu'on le suppose, a tourné au profit de la société, son affaire évidemment a été utilement gérée jusqu'à concurrence de ce dont elle a profité.»

Examinant ensuite le système de ceux qui n'accordent au tiers que l'action *indirecte* précisée dans l'art. 1166, lorsque l'associé a agi *nomine privato,* DURANTON ajoute : « Cette objection est plus spécieuse que solide. Dans les deux cas l'action du tiers est l'action *de in rem verso*, et les actions de cette sorte ne s'exercent point au nom et du chef du débiteur, mais bien *directement* contre celui qui a profité de la chose. »

Cet auteur rappelle alors les principes de l'action *de in rem verso,* en droit romain.

(6) N° 404.

Add. Voici l'opinion de DUVERGIER, n°s 401 et 403, où il dit : « Quoique l'associé qui a contracté avec les tiers n'eût point pouvoir d'engager ses coassociés, ceux-ci seront cependant obligés, si la chose a tourné au profit de la société : il n'est pas juste qu'elle s'enrichisse aux dépens d'autrui; et d'ailleurs, chaque associé a pouvoir pour lui procurer un bénéfice. L'obligation, dans ce cas, n'étant fondée que sur ces principes d'équité, ne s'étend que jusqu'à concurrence du profit que les associés ont retiré de l'engagement qu'a contracté l'un d'entre eux.

« En pareille occasion, les tiers ont directement une action contre les associés, ils n'exercent pas seulement les droits de leur débiteur, c'est-à-dire de l'associé avec qui ils ont contracté. Cette distinction est fort importante sous un double rapport. Si les tiers ne pouvaient qu'exercer les droits de l'associé qui s'est obligé envers eux, d'abord ils seraient soumis à toutes les compensations et exceptions opposables à leur débiteur; en second lieu, ils viendraient, par contribution avec tous les créanciers de celui-ci, partager le montant de ses droits contre la société. (Op. conf. de Malepeyre, n° 160.) Au contraire, munis d'une action directe, ils n'ont à craindre ni compensation ni exception, de la part des coassociés de leur obligé, ni concurrence de la part de ses créanciers. »

Au n° 404, cet auteur examine, pour la combattre, l'opinion de Delvincourt, qui n'admet l'action *directe* des créanciers que pour le cas où l'associé a déclaré agir au nom de la société, ce qui rentre dans les termes de l'art. 1864.

Junge MALEPEYRE et JOURDAIN, n°s 102 et 425.

Add. Et ZACHARIÆ, § 383.

(7) Voy. *infrà*, n° 859, un passage de BASSET.

je ne la tiens que de lui et pas de vous. Fallait-il donc m'enquérir de l'origine de cette somme? *Non quæritur origo pecuniæ.* Ainsi le veulent la raison, le droit, la saine morale, dont nous avons vu ci-dessus Cujas et Sénèque se rendre les vrais interprètes. « Réclamez cette somme (je cite Delamarre et Lepoitevin) « à celui à qui vous l'avez prêtée. Si cela n'était ainsi, « dit Savary, il n'y aurait point de sûreté dans le « commerce (1). Quant à moi, *meum recepi*. Si vous « dites que je me suis enrichi à vos dépens, je vous « répondrai que vous êtes dans l'erreur, car je n'ai « pas traité avec vous, ni vous avec moi; et je veux « si peu m'enrichir à vos dépens, que si je dois quelque chose à Pierre, je suis prêt à vous le payer à son « lieu et place. » Tout cela est élémentaire; tout cela s'applique au contrat de société comme à toutes les transactions civiles (2).

778. Il faut même dire que, dans le doute sur la question de savoir si l'associé a voulu traiter en son propre nom, ou comme associé, on doit décider qu'il est censé avoir voulu contracter *nomine proprio* (3). Une qualité accidentelle cède à la qualité qui domine, et l'on est toujours présumé traiter pour soi-même plutôt que pour autrui.

« Quoties quisquam in rebus agit, vendit, permu« tat, contrahit sine adjectione externæ qualitatis, « *semper proprio nomine contrahere videtur.* » C'est « une règle donnée par d'Argentrée (4).

779. Concluons : quand l'associé a traité en son propre et privé nom, la société reste étrangère à l'action des tiers qui ont pactisé avec lui (5). Ces derniers n'auraient pas même d'action, quand les deniers qu'ils ont versés auraient tourné au profit de la société. Tout ce qui leur est permis par la loi, c'est d'intenter contre la société les actions de leur débiteur.

780. Appliquons maintenant ces idées à deux espèces de sociétés commerciales, dans lesquelles elles ont été vivement controversées; voyons si l'on est fondé à les faire passer de la jurisprudence civile dans la jurisprudence commerciale.

Et d'abord occupons-nous de la société en participation.

Merlin a soutenu que lorsque la société a profité, les tiers ont, contre l'associé non dénommé, une action directe et solidaire (6). Merlin a cherché à s'appuyer sur cette science variée et abondante, qui lui donne tant d'autorité; cette fois elle l'a mal servi. J'ai montré tout à l'heure que toutes ses citations portent à faux.

Mais, d'ailleurs, qu'était-il besoin de tout ce cortége d'érudition pour régler le sort de l'associé dans l'espèce sur laquelle Merlin portait la parole? De quoi s'agissait-il?

Allonde et Billaut étaient associés pour le commerce des bestiaux. Le jugement et l'arrêt attaqués constataient, en fait, qu'Allonde n'avait jamais agi *seul* (7); que Billaut avait toujours *agi en nom collectif* (8); qu'il était notoire et connu de tous qu'Allonde et Billaut étaient associés, et qu'il passait pour constant que ce que faisait Allonde, il le faisait *pour la société*, au su et vu de Billaut.

C'est dans ces circonstances qu'Allonde avait souscrit de son nom seul une obligation relative au commerce de la société, et Billaut venait prétendre qu'elle ne devait pas rejaillir sur lui. Mais cette défense était-elle de bonne foi? était-elle juridique? Non! Car, dès l'instant qu'il était prouvé qu'Allonde se donnait publiquement pour associé, qu'il contractait comme tel et que les tiers avaient la juste opinion qu'ils ne traitaient pas avec lui seul, mais avec la société, il importait peu qu'il n'eût pas signé du nom social. J'ai rappelé ci-dessus la doctrine de Casaregis, qui veut que l'on supplée par les circonstances au nom social (9). Allonde avait donc agi en nom collectif; la société n'était pas une société anonyme; il n'y avait pas d'associé caché, inconnu; toutes les opérations étaient collectives; un nom collectif y était attaché.

Billaut échoua donc devant le tribunal et la cour de Limoges; il succomba aussi devant la cour de cassation, dont l'arrêt est du 28 germinal an XII. Mais est-ce par les raisons déduites par Merlin? On n'a qu'à lire l'arrêt; on verra qu'il suppose en fait que les prêts ont été faits *à deux marchands notoirement reconnus pour associés*. La question de responsabilité, jugée contre Billaut à tous les degrés de juridiction, n'est donc pas celle que Merlin a discutée. Ce n'est pas celle sur laquelle nous voulons nous éclairer.

Il est vrai que l'arrêt de cassation qualifie la société d'Allonde et Billaut de société anonyme; et l'on est étonné de cette appellation dans un cas où la cour reconnaît que les actes étaient collectifs *pour deux marchands associés*. Mais peu importe cette erreur de nom. Au fond, Billaut avait été notoirement représenté; il était dans les actes; on avait traité avec lui : il ne pouvait échapper à une responsabilité directe (10).

781. C'est par des raisons de même nature qu'il faut expliquer un arrêt de la cour de cassation du

(1) P. 465.

(2) Il n'y a rien de contraire à ceci dans un arrêt de la cour de cassation du 18 novembre 1829, dont j'ai vu faire abus. (DALLOZ, XXIX, 1, 413.) En fait, le gérant n'*avait pas agi en son nom personnel*, et la chose avait tourné au profit de la société. Les deux circonstances étaient réunies.

Add. MAZERAT sur DEMANTE, n° 582, dit que le tiers n'a contre la société qu'une action *de in rem verso*, basée uniquement sur l'art. 1166, c'est-à-dire bornée aux droits des contractants contre la société !

(3) FELICIUS, ch. XXX, n° 14; *Rota Genuæ*, decis. 14, n° 94.

(4) Sur Bretagne, glose 1, n° 4. *Junge* STRACCHA, *Decis. rotæ Genuæ*, decis. 14, n° 96; *infrà*, n° 795.

(5) Cassat., req., 12 juillet 1825. (DALLOZ, XXV, 1, 351.)

Add. *Jurisprudence.* — Si un emprunt est fait par un associé en son nom et dans son intérêt, les autres ne sont pas obligés (13 mai 1835. Cass., req. DALLOZ, XXXV, 1, 297). Et le porteur ne peut se prévaloir de l'aveu de l'emprunteur (même arrêt).

(6) *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2.

(7) *Ibid.*, § 2, p. 555, col. 1.

(8) *Quest. de droit*, v° *Société*, p. 548, col. 2.

(9) N° 376.

(10) Je crois être d'autant plus dans le vrai en donnant ce sens à cet arrêt, que DEFERMON (probablement à cause des circonstances que j'ai relevées) disait au conseil d'État, dans la discussion de l'art. 49 du code de commerce : « Je suis persuadé que la « cour de cassation n'a pas vu une *société en participation* dans « l'affaire qu'on a rappelée. » (MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2, p. 557, col. 2.)

Add. Dans de pareilles circonstances, op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 418, où ils citent : Paris, 30 juillet 1816; cass., 26 mars 1817.

Op. conf. de DUVERGIER, n° 400, où il dit : « Toutefois, si même alors qu'une simple association a été formée, ses membres se sont volontairement manifestés, s'ils ont agi de manière à se faire tenir pour associés dans la véritable acception du mot, ils seront engagés comme tels. Les tiers, ayant contracté dans la pensée qu'une société existait, qu'il y avait des associés obligés chacun pour une part égale, ont droit de demander leur payement à ceux dont la conduite leur a inspiré cette confiance. »

26 mars 1817, qui confirme un arrêt du 30 juillet 1816, par lequel la cour royale de Paris avait condamné solidairement un sieur Hom à payer des billets que son coassocié avait souscrits. Il était constant que ces billets avaient été causés pour fournitures de charbons, faites à la verrerie pour l'exploitation de laquelle la société avait été formée; et, de plus, l'arrêt déclarait en fait que les *fournisseurs avaient suivi le crédit et la confiance du Hom* (1).

Ici encore la société est qualifiée, dans l'arrêt de cassation, d'association en participation : mais il y a contradiction dans les termes entre une telle qualification et les faits posés par l'arrêt. Comment! le contractant engage à la fois sa personne et celle de son coassocié, et ses actes ne seront pas ceux d'un associé en nom collectif? On appellera simple participation, c'est-à-dire *société inconnue* (2), celle qui se révèle dans tous ses actes extérieurs?

782. Mais si, sortant de ces méprises, nous passons à des cas de vraie participation, nous verrons le recours direct sagement interdit par la jurisprudence. Un arrêt de la cour de cassation, du 9 janvier 1821 (3), décide la question *in terminis*, et il faut se défier des citations d'arrêt que l'on donne dans un sens opposé; ces citations sont inexactes; on n'a pas fait attention que les arrêts, qui ont admis le recours direct, ont toujours été rendus dans des cas où la société était vraiment collective, et où les associés, loin d'être inconnus, avaient placé dans la publicité de leur position un moyen de confiance et de crédit. Or, la participation ne procède pas ainsi; elle est tout intérieure, elle ne traite pas avec le public : le public n'a donc pas de droits contre elle (4).

783. Au surplus, pour mieux mettre en lumière la vérité des principes consacrés par l'arrêt de la cour suprême du 9 janvier 1821, je vais rappeler tout au long une importante décision de la rote de Gênes; elle servira à fixer les idées encore flottantes sur notre question (5).

« La maison Pallavicini avait prêté une forte somme à Augustin Sauli, fermier des revenus publics à Rome. Sauli avait plusieurs participants dans son entreprise, entre autres les sieurs Grimaldi; mais il avait soumissionné seul, et il gérait toute l'administration sous son nom seul, sans que rien révélât au public l'accession de ses nombreux coparticipants.

« Cependant la maison Pallavicini, voulant rentrer dans sa créance, intenta une action contre les Grimaldi, prétendant que c'étaient eux qui avait préposé Sauli à la ferme en question; qu'en conséquence Sauli n'était que leur instituteur et qu'ils étaient tenus solidairement de ses faits, d'après les principes d'équité consacrés en cette matière par les lois romaines et l'édit du préteur (6).

784. « Un instituteur, disait-on pour la maison Pallavicini, peut être préposé de deux manières, tacitement et expressément. Exiger une commission expresse, ce serait exposer les contractants à des déceptions; et tout le monde est d'accord que la commission est suffisamment prouvée à l'égard des tiers quand le préposé, se posant publiquement comme tel, gère, exerce, au vu et su du maître qui le souffre et qui par là est censé l'avoir commissionné (7). Or, les Grimaldi ont souffert pendant douze ans la gestion de Sauli; ils l'ont laissé administrateur général de la ferme dont ils étaient participants; ils ont eu avec lui des rapports commerciaux, qui prouvent la connaissance qu'ils avaient de tout ce que faisait Sauli; ils l'ont recommandé à leurs amis et correspondants, etc. Au surplus, il y a aussi des actes qui prouvent une préposition expresse (8).

« Dans cet état de choses, la solidarité ne saurait être contestée. Les tiers, qui ont traité avec Sauli, ont suivi la foi des Grimaldi pour qui il travaillait : c'est comme si l'on avait contracté avec eux (9).

« Notez bien que, dans l'acte sous seing privé, passé entre Sauli et les Grimaldi, ceux-ci sont convenus de concourir aux charges de la ferme, et c'est d'ailleurs l'obligation que la loi impose à tout associé.

785. « Que si les Grimaldi ne voulaient pas que Sauli fît des emprunts aussi considérables que ceux qu'il a contractés avec la maison Pallavicini, ils devaient lui imposer publiquement et ouvertement des restrictions pour avertir les tiers. S'ils ne l'ont pas fait, ne doivent-ils pas s'en prendre à eux-mêmes (10)?

« Au reste, l'argent a été emprunté pour la ferme : ce fait est constant; peu importe aux créanciers que Sauli l'ait dissipé; ceux-ci n'étaient pas chargés de le surveiller; c'était le devoir des préposants (11).

786. « Que si l'on niait que l'instituteur eût le droit d'emprunter (12), on prouverait facilement par les textes, qu'il le peut pour gérer le commerce auquel il est préposé (13). Il est vrai que l'emprunt doit être nécessaire et non excessif (14). Mais nous prouvons ces conditions.

« Dira-t-on que les Grimaldi ne sont que participants, qu'ils ne sont pas associés? La loi *Cum in societatis*, C. *Pro socio* repousse ces distinctions (15). D'ailleurs, en fait, ils sont vrais associés. Sauli s'est rendu adjudicataire pour lui et ses associés à nommer. Sa nomination postérieure produit un effet rétroactif : c'est comme si les Grimaldi eussent été associés dans l'origine (16). »

787. On voit que tous les efforts de la maison Pallavicini tendaient à imprimer à la société le caractère de société collective, et à faire considérer Sauli comme le gérant public de cette société patente et avérée.

---

(1) DALLOZ, *Société*, p. 144; SIREY, XVIII, 1, 53; MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2, p. 558.

On applique de même un arrêt de la cour de cassation (req.) du 18 novembre 1819 (DALLOZ, XXIX, 1, 413). Le gérant n'avait pas *agi en son nom personnel*, et la chose avait tourné au profit de la société.

(2) POTHIER, n° 61; *suprà*, n°s 481, 499.

(3) DALLOZ, *Société*, p. 145; SIREY, XXII, 1, 77. *Junge* Paris, 9 août 1831 (DALLOZ, XXXI, 2, 209).

(4) REGNAULT DE SAINT-JEAN-D'ANGELY, discussion au conseil d'État; MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2, p. 557.

(5) STRACCHA, *Decis. rotæ Genuæ*, 14.

(6) *Decis.* 14 *rotæ Genuæ*, n° 1.

(7) N° 4. On citait BARTOLE, PAUL DE CASTRO. Voy. aussi BRUNEMANN, *De instit. act.*, sur la loi 1, n° 2. Il dit : « Tacita « est præpositio, quando quis *publicè se gerit pro alterius institore, domino sciente et patiente.* »

Au surplus, la légalité d'un mandat tacite était accordée (*infrà*, n° 879). Mais en fait on le niait (voy. aussi n° 897.)

(8) N° 6.

(9) N° 7.

(10) N° 13.

(11) N° 14.

(12) Ces principes sont très-vrais; mais on verra par ce qui suit que la maison Pallavicini en faisait une fausse application.

(13) N° 15; l. 1, § *non autem*; D. *de exercit. act.*; l. fin. D. *ibid.*; l. *quicumque*, § *non tamen*, D. *de instit. act.*; l. *habebat*, D. *de instit. act.*; BARTOLE, l. 1, § *non autem*, D. *de exercit.*; *suprà*, n° 684.

(14) l. ult., D. *de exercit. act.*

(15) N° 23.

(16) N°s 24, 25.

788. Mais, malgré ces raisons, la rote, à l'unanimité, déclara la maison Pallavicini non fondée dans son action (1). Voici ses motifs, tels que Straccha nous les fait connaître :

« Les Grimaldi n'ont jamais contracté avec la maison Pallavicini (2); tout ce qu'a fait Sauli ne les concerne pas; on ne peut être obligé que par son propre consentement (3). Un tiers ne peut nous lier par ses contrats, quand même il lui plairait de nous nommer (4).

« Est-il vrai cependant que les Grimaldi doivent être atteints parce que Sauli était leur instituteur?

« L'action institoire est sévère (5); il faut interpréter strictement ce qui s'y rapporte.

« Et, d'abord, c'est à celui qui allègue le titre d'instituteur à le prouver (6). Or, dans l'espèce, cette preuve n'est pas faite. Bien plus, il résulte des faits que Sauli n'était pas instituteur (7).

« Il ne l'était pas expressément.

789. « L'était-il par une volonté tacite? Ce point est plus délicat (8). Mais cependant examinons.

« Et, d'abord, pour qu'il y ait commission tacite, il faut que l'on se soit donné publiquement pour instituteur. Sauli n'a jamais pris cette qualité; il n'a jamais été appelé instituteur ni facteur (9). Il était connu comme fermier des revenus publics : ce qui est bien différent. Un instituteur n'est jamais seul; il a toujours un commettant derrière lui. Un fermier peut être seul dans son entreprise, ne dépendre de personne, n'avoir pas d'associés (10).

« Mais il ne suffit pas de se porter pour instituteur, il faut encore faire savoir de qui (11); surtout quand il s'agit d'obliger une tierce personne. Or, on ne voit pas qu'en aucune circonstance Sauli se soit dit le facteur des Grimaldi. Au contraire, il a toujours agi en son propre et privé nom; il a toujours signé *Agostino Sauli* (12).

« Mais il y a plus : pour que les Grimaldi fussent censés avoir Sauli pour instituteur, il faudrait qu'ils eussent été propriétaires de l'entreprise. Or, Sauli était seul fermier; il n'a jamais nommé les Grimaldi comme ses coassociés, il ne les a jamais désignés ni fait agréer à *la camera*, qui n'a jamais eu affaire à eux (13). Sauli a seul affermé, a seul paru, a seul géré, a seul pris au dehors le titre de fermier (14).

790. « On objecte que les Grimaldi avaient une part dans la ferme. Mais cela les rendait participants, et non fermiers principaux. Ils ne pouvaient devenir fermiers qu'avec l'agrément de la chambre, qui seule a pouvoir de faire des fermiers du revenu public. Or, n'ayant jamais été nommés par Sauli à la chambre, ils n'ont pu entrer dans l'affaire comme fermiers, et par suite comme maîtres, comme préposants (15). Eussent-ils voulu faire de Sauli un instituteur, ils ne l'auraient pas pu; Sauli tenait son droit de lui-même, de son contrat; de simples participants ne pouvaient le lui arracher (16). Ces participants n'auraient pu le traiter en instituteur, qu'autant qu'ils auraient été fermiers réels agréés par la chambre et maîtres de l'affaire : ils n'étaient rien de tout cela (17).

« Des commettants doivent pouvoir toujours destituer leur facteur : en cela, le procureur et le facteur se ressemblent (18). Ici, les Grimaldi n'avaient pas le droit de révoquer Sauli (19).

791. « Reste la qualité de participants. Mais, dans une société, il est de règle qu'un associé n'est jamais censé avoir de mandat tacite que pour vendre les choses vénales. On exige un mandat exprès pour contracter des engagements qui doivent réfléchir sur les autres associés (20).

« A cela il n'y a qu'une objection sérieuse : c'est l'opinion de Bartole qui veut que si deux marchands associés font le commerce, l'un à Perugia, l'autre à Florence, ils soient censés instituteurs l'un de l'autre (21) et solidairement tenus; mais Fulgosius lui a très-bien opposé la loi 82, D. *Pro socio* (22); et d'ailleurs son opinion ne s'appuie sur aucune loi (23). Toutefois, admettons-la pour vraie; au moins ne faut-il pas l'entendre au delà de la pensée de Bartole. Or, Bartole se propose deux marchands associés agissant l'un pour l'autre, faisant un échange d'actes mutuels. En est-il de même ici? Non. Les Grimaldi n'ont pas agi (24).

792. « Maintenant, voyons de plus près la convention des parties. Elles ont formé une société particulière (*societas particularis*) (25) restreinte et limitée. Les Grimaldi ont été admis comme participants pour trois sous six deniers sur vingt sous (*admette partecipi*). Il est à remarquer que Sauli avait déjà concédé d'autres parts dans les profits de son adjudication aux Farnèse, aux Monti, aux Negroni et autres (26). Or, les Grimaldi, en entrant dans cette société, ne pouvaient être associés des autres participants qu'ils ne connaissaient pas; ils n'étaient associés que de Sauli, avec lequel ils contractaient (27); et, par cet accord, ils ne s'engageaient qu'avec lui, et non avec les autres participants ou avec les créanciers (28).

« Le pouvoir d'un instituteur est dans son mandat : *Potestas omnis institorum consistit in mandato quod habent à dominis*. Ceux qui contractent avec eux doivent donc s'enquérir de son étendue (29). Si les Pallavicini avaient consulté l'acte passé entre les Grimaldi et Sauli, ils auraient vu qu'il n'était pas instituteur.

793. « Mais quand même il l'eût été (ce qui est

---

(1) No 29.
(2) No 31.
(3) No 33.
(4) No 32; l. *inter stipulantem*, D. *de verb. oblig.*; l. *eum qui*, § *Julianus*, D. *de const. pecunid.*
(5) No 35.
(6) No 36.
(7) No 37.
(8) No 41.
(9) No 43.
(10) No 44.
(11) Nos 45, 46, 47.
(12) No 47.
(13) Nos 49, 50.
(14) Nos 50, 51.
(15) No 56.
(16) Nos 57, 58, 59.
(17) No 61.
(18) No 63.
(19) Cette raison est mauvaise; elle n'est digne ni de Straccha ni de la rote. On a vu ci-dessus qu'il y a de vrais instituteurs qui ne peuvent être destitués (no 669).
(20) No 67. On a vu ci-dessus que cette proposition est trop absolue (no 684) : au surplus, Straccha l'a modifiée au no 94. Voy., en effet, no 793.
(21) Sur la loi 9, D. *de duob. reis.*
(22) C'est très-mal qu'il faut dire; cette loi ne prouve rien ici. *Suprà*, no 773.
(23) Elle est cependant fondée sur la loi 4, D. *de exercit. act.*, § 1.
(24) Notez bien ce point de fait.
(25) No 84, *in fine*.
(26) Nos 84, 85.
(27) *Ibid.*
(28) No 86.
(29) No 87.

contraire à la vérité), comme il est de règle que celui qui est préposé à un commerce ne peut en exercer un autre (1), Sauli, en tant que préposé à la ferme, n'aurait pas pu, à moins que la qualité de l'affaire ne l'exigeât (2), emprunter sans mandat (3), d'après la loi 1, *C. de instit.*, et la loi *Cuicumque*, paragraphe, *Si quis pistor*, D. *de instit.*; et le mandat ne se présume pas (4).

« Eh bien! ici la gestion de la ferme n'exigeait pas d'emprunt, car les participants avaient avancé les fonds suffisants pour les nécessités de la ferme : et ceci démontre que Sauli faisait des emprunts pour ses affaires particulières, et non comme institeur.

794. « Et, après tout, Sauli ne devait-il pas consulter ses participants, leur communiquer ses besoins, les informer de l'état des choses? Bien plus! puisqu'ils s'étaient obligés de contribuer aux pertes au prorata, ne devait-il pas leur faire un appel de fonds pour qu'ils vinssent au secours de l'affaire en péril? Ce n'est qu'autant qu'ils auraient été en retard, qu'il aurait pu emprunter (5).

795. « Mais il y a un point dominant (6); Sauli devait agir au nom de la société s'il voulait obliger ses associés; en ne les nommant pas, il ne les oblige pas (7). Un homme peut avoir plusieurs affaires, il peut se trouver dans plusieurs sociétés. Pour lever toute ambiguïté, il doit faire connaître en quelle qualité il contracte et pour quelle affaire il travaille (8); sans quoi on suppose qu'il a agi pour lui-même et en son privé nom, à moins qu'il n'y ait quelque circonstance qui indique positivement qu'il a agi pour telle société et qu'il n'a pu agir en une autre qualité (9). Tout associé qui agit pour la société doit la nommer par son nom, ou l'indiquer par des équipollents : « *Debet igitur nomine sociorum contrahere, vel saltem* « *per æquipollens hoc significare.* » Ainsi Sauli, au lieu de signer *Agostino Sauli*, aurait dû signer *Augustin Sauli et les fermiers*, ou bien *Augustin Sauli pour les fermiers*, ou de toute autre manière.

796. « D'un autre côté, les Pallavicini ont-ils prêté en vue de la société, *contemplatione præponentium?* ont-ils entendu suivre la foi des Grimaldi? Non? ils ignoraient leur participation; et cependant cette circonstance devrait se réaliser pour le triomphe de leurs prétentions. Car, « si quis sit institor, et « præpositus, *et ignoraverit creditor*, non obligat « dominum, nec contra eum habet actionem (10). »

797. « Mais supposons que Sauli eût pu obliger les Grimaldi : eh bien! il n'aurait pu les obliger que jusqu'à concurrence de la somme qu'ils avaient exposée dans la société (11); c'est l'opinion commune; Sauli ne les avait pas nommés. Pour que l'institeur oblige ses commettants *in solidum*, il faut qu'il donne leurs noms (12); régulièrement des associés, qui n'ont pas été nommés, ne sont pas obligés *in solidum*, mais seulement au prorata, ou même jusqu'à concurrence de la somme mise dans la société (13).

798. « On compare souvent l'institeur à l'administrateur; l'erreur est grande : l'administrateur est le genre, l'institeur est l'espèce (14). Il y a des administrateurs de bien des espèces. Ici, la nuance importante, c'est que l'institeur ne vit que par autrui, *non stat per se.* Au contraire, un administrateur peut ne pas dépendre d'autrui. Tel était Sauli qui administrait sa chose, qui *erat dominus officii*, tandis que les Grimaldi n'avaient aucune qualité pour pourvoir à l'administration et n'avaient qu'une simple part dans la ferme.

« A la vérité, il y a des comptes à faire entre les Grimaldi et Sauli. Mais Sauli les leur rendra comme à ses participants, et non comme institeur (15); il ne cesse pas d'être *dominus appaltûs.*

799. « Qu'on se fixe bien sur la qualité de participant; elle donne droit à un compte à la fin de l'opération; c'est une affaire entre les associés, cela ne regarde pas les créanciers (16). »

800. Cet ensemble de raisons fit triompher les Grimaldi. Sans doute, ils auraient succombé, si Sauli les eût nommés expressément ou par équipollent; si, par sa conduite approuvée par eux, il eût placé la société sous l'égide extérieure de leur crédit; s'il eût autorisé les créanciers à croire qu'ils suivaient la foi de ces négociants riches et puissants. C'eût été alors l'espèce des arrêts Billaut et Hom; c'eût été le cas d'une société collective improprement ou frauduleusement appelée participation. Mais non! Sauli a agi seul; les Grimaldi sont restés inconnus; on n'a pas suivi leur foi. Ils sont restés dans les termes d'une société occulte, étrangère au public; les tiers ne peuvent les atteindre sans bouleverser tous les principes.

801. La jurisprudence italienne abonde en décisions semblables. Un des plus savants jurisconsultes de l'Italie, Deluca, est revenu cent fois (il le déclare) sur ce point, et cent fois il a enseigné que les créanciers n'ont pas d'action directe contre les participants non dénommés, avec lesquels ils n'ont pas contracté expressément ou tacitement, et dont ils n'ont pas suivi la foi; qu'ils n'ont que l'action oblique, tirée de la personne du coassocié créancier (17).

Enfin, que dirai-je? Casaregis (18), le maître en droit commercial, a écrit ces mots : « *Participes* non « tenentur nisi ad ratam capitalis pro quo participant « in negotio. Neque ipsi agere possunt contrà debi- « tores societatis, *neque conveniri valent à creditori-* « *bus societatis.* »

(1) L. *habebat*, D. *de inst.*
(2) N° 90.
(3) N°s 88, 89.
(4) L. *sciendum*, D. *de verb. oblig.*; l. *si mutuum*, C. *de inst.*
(5) N° 93.
(6) N° 94.
(7) *Ibid.*
(8) N°s 95, 96.
(9) N° 96. *Quando aliter se habere non potest.*
(10) N° 99.
(11) N°s 110, 111. FELICIUS critique cette proposition, cap. XXX, n° 32.
(12) Procedit propositio, quando ille qui exercet, expendit nomen *suorum præponentium*, non quando suum (n° 126).
(13) Regulariter socii, nisi nomen eorum expendatur, *non possunt obligari in solidum*, sed solùm pro *ratâ* : imò non tenentur in plus quàm exposuerunt in societate (n° 131).
(14) N°s 115, 116, 117.
(15) N° 118, 119.
(16) N° 120 *in fine.*

Add. D'après ce principe on voit que la décision suivante de la cour de Gand du 6 octobre 1837 (J. de B., 1838, 2, 138) était sans difficulté : « Un associé en participation, chargé sans restriction de la vente de la marchandise commune, a-t-il pu, après avoir informé son coassocié du prix auquel il a vendu la marchandise, du nom de l'acheteur et des termes de payement, en ajoutant que ces termes courent pour compte, risques et périls communs, de son seul chef et sans consulter son coassocié, recevoir une partie du prix et pour le surplus accorder de nouveaux termes, aux risques et périls de la société? »

(17) *De loc. et conduct.*, disc. 26, n° 4; *de credito*, disc. 75, 76, 87, 88, 89, 160, 161.
(18) Disc. 39, n°s 31, 32.

Et c'est l'avis de Savary (1), Jousse (2), Bornier (3), Rogue (4), Bourjon (5), Pothier surtout (6), qui a porté sur les matières commerciales, aussi bien que sur les matières civiles, les lumières de son esprit judicieux et de sa science consciencieuse et vraie : ainsi en ont décidé, sous le code de commerce, Cresp (7), Delamarre et Lepoitevin (8).

Enfin, ce qui confirme cette démonstration, ce sont les dispositions suivantes du code de commerce espagnol, qui résument cette jurisprudence.

Art. 356. « Dans ces négociations (celles de la parti-
» cipation), on ne peut adopter une raison sociale com-
» mune à tous les intéressés, ni se servir d'un autre
» crédit que celui du commerçant qui les dirige en
» son nom et sous sa responsabilité individuelle. »

Art. 357. « Ceux qui contractent avec le commer-
» çant qui est en nom dans la négociation, n'ont
» d'action que contre lui, et non contre les autres
» intéressés; de même, ceux-ci ne peuvent actionner
» le tiers qui a traité avec l'associé dirigeant l'opéra-
» tion, à moins que celui-ci n'ait fait une cession for-
» melle de ses droits en faveur de l'un des autres in-
» téressés (9). »

Mêmes dispositions dans le code portugais (10) et le code néerlandais (11). Si l'évidence et la certitude ne sont pas dans ce faisceau de preuves, où les trouvera-t-on?

802. On voit, du reste, que ces législations étrangères, précieux supplément de notre code de commerce (12), ne tiennent aucun compte de l'opinion des auteurs qui, comme Pardessus (13) et Vincens (14), restreignent la vérité de notre proposition au cas où rien ne prouve que la chose a profité à la société (15). C'est que cette limitation n'est pas bonne. Si ces auteurs avaient dit que l'*in rem versio* est l'une des preuves qu'il faut faire pour établir qu'une obligation signée d'un nom privé a eu cependant une cause sociale, je les comprendrais ; mais croire qu'elle est la seule preuve relevante et qu'elle remplace toutes les autres, c'est une erreur manifeste. La cause sociale ne peut résulter que d'un ensemble de preuves dont l'*in rem versio* est la moitié, et rien de plus. Il ne suffit pas que celui qui s'est engagé ait eu *in petto* l'arrière-pensée de faire les affaires de la société, et qu'il les ait faites réellement ; il faut encore que l'autre personne avec laquelle il contractait ait certainement connu cette intention, et qu'en s'y associant, elle ait cru suivre la foi et le crédit de la société (16).

---

(1) T. I, p. 368.

(2) Notions préliminaires, au tome IV, *Des sociétés*, et l'ord. de 1673.

(3) Sur l'art. 1 de l'ord.

(4) *Jurispr. consulaire*, t. I, p. 238.

(5) *Participe au croupier*, dit-il, t. I, p. 500, n° 15.

(6) N° 63, 222.

(7) Consult. précitée.

(8) T. II, n° 243.

(9) Trad. de V. FOUCHER.

(10) Art. 576.

(11) Art. 38.

(12) On avait proposé au conseil d'État de trancher la question à l'égard des tiers. Mais l'esprit vacillant de CAMBACÉRÈS s'y opposa ; on peut voir ses raisons dans MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2, p. 557. Ses scrupules tiennent à ce qu'il ne voyait pas que les cas qu'il posait étaient en dehors de la participation.

(13) T. IV, n° 1049.

(14) T. I, n° 378. Voy. *suprà*, n° 777.

Add. Joignez-y DALLOZ, *Société*, chap. II, sect. IV, n° 5 ; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 425 ; ils ajoutent, n°s 426 et 427 : « Lors même que ces marchandises ou cet argent périraient par la suite, ils ne seraient pas moins obligés envers le vendeur ou le prêteur, parce que, par leur approbation tacite, ils sont devenus propriétaires d'une portion de ces objets, et que, par conséquent, la perte ultérieure devrait être supportée par eux.

« Il est évident que nous supposons qu'il n'y a pas eu, dans ce cas, concert frauduleux entre le participant, agissant en son nom seul, et ses coparticipants ; car s'il y avait escroquerie, ou même connivence, les associés devraient être condamnés solidairement. »

Jurisprudence. — Les associés en participation sont obligés pour leur part sociale, si la chose pour laquelle l'engagement a été contracté a tourné au profit de la société (Bruxelles, *Jurispr. de la cour*, 1820, 2, 243).

— Il n'y a pas lieu à l'action *in rem versum* à l'égard des associés en participation, lorsque en résultat l'obligation contractée par l'un d'eux n'a procuré qu'une action que ce dernier seul peut intenter.

Spécialement. Dans une entreprise de travaux publics, si l'associé qui est seul qualifié près du gouvernement a seul contracté des engagements et que la somme ait servi à ces travaux, cela ne suffit pas pour obliger l'autre associé envers le créancier ; cet associé n'ayant à exercer contre son coassocié souscripteur de l'engagement, qu'une action en reddition de compte ; il en est ainsi surtout alors qu'aucun compte ne lui a encore été rendu (Bruxelles, *Jurispr. de la cour*, 1820, 2, 243).

— Les associés en participation sont tenus solidairement des engagements contractés *au nom* et dans l'intérêt de la société (SIREY, XXXII, 2, 19).

— Jugé en sens contraire, que la livraison de marchandises faite à une société en participation, *par les deux associés*, ne donne pas lieu à une action solidaire (16 juillet 1834, Bruxelles; *Jurispr. de la cour*, 1834, p. 422).

(15) **Add.** PARDESSUS dit encore : « Mais les tribunaux devront encore observer avec un grand soin à quel titre les objets ou valeurs fournis par le demandeur, et qu'il prétend avoir profité à l'association, y sont entrés. Si c'était comme mise du participant, il n'aurait de droit que contre lui, par les motifs que nous avons expliqués, n° 1036. Si c'était au contraire une fourniture faite à l'association même, et constituant une de ses opérations, c'est le cas où il pourrait être admis à prouver l'emploi fait pour le compte commun. »

(16) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN, disent ici, n° 423 : « Si une opération a été faite par un négociant en son nom seul, mais du compte à demi avec un autre négociant, les créanciers du premier, pour dettes contractées envers eux par suite de cette opération, n'auront pas d'action de leur chef contre le deuxième pour le payement de ces dettes, lors même qu'ils viendraient à prouver la participation, ou qu'elle serait avouée par le négociant, si l'opération était terminée et le compte apuré ; mais ils pourraient exercer une action du chef de leur débiteur, si le compte de la participation n'était pas réglé. Les tiers ne sont pas trompés, puisqu'ils ignoraient la participation, et qu'ils n'ont contracté que sous la solvabilité de leur débiteur. Il serait trop rigoureux de leur accorder un recours contre le participant anonyme, lorsque l'opération est consommée, et ce serait entraver inutilement ces opérations utiles au commerce. »

Jurisprudence. — Réciproquement ce n'est que l'associé même qui a traité avec les tiers qui a action contre eux (arrêt de la cour de Bruxelles, du 18 novembre 1815; *Jurispr. de la cour*, 1815, 2, 318).

Mais ces deux auteurs, comme on l'a vu ci-dessus, admettent l'action *de in rem verso*.

L'opinion de TROPLONG était professée par DELVINCOURT, *Inst. comm.*, liv. I, tit. III, sect. IV : « Locré, sur l'art. 49, pense que les tiers peuvent avoir action contre l'associé en participation de celui avec lequel ils ont traité. J'ai cru devoir adopter l'opinion contraire, qui est celle de Jousse, dans son préambule sur le titre IV de l'ordonnance, et de Savary, § 2, liv. I, ch. I. Ce qui m'a déterminé, c'est que le code de commerce a dispensé ces sortes de sociétés de toute espèce de publicité. Il semble qu'on doive en conclure qu'elles ne peuvent, en aucun cas, intéresser les tiers (cass., 9 janvier 1822). »

803. Examinons maintenant la position des associés commanditaires à l'égard des tiers.

Pour parvenir à la démêler, une distinction est nécessaire.

Ou la société en commandite ne s'est pas montrée au public sous une raison sociale, restant ignorée des tiers qui n'ont pas suivi la foi de ses membres inconnés; ou bien elle s'est constituée en corps moral, appelant le crédit par la publicité, et signant tous ses actes d'une signature sociale.

Dans le premier cas, qui se réalisait très-souvent dans l'ancien droit, et qu'il est surtout nécessaire de traiter, à cause de son utilité rétrospective, je ne fais aucune différence entre la commandite et la participation. Les tiers réclameraient en vain la garantie personnelle des commanditaires, dont ils ont ignoré l'existence; ils succomberaient également sur l'action *creditæ pecuniæ*, et sur l'action *de in rem verso;* ils ne pourraient exercer que l'action oblique, et faire valoir les droits du coassocié, si ce dernier en avait à réclamer contre ses commanditaires. Cresp a porté sur cette vérité une masse de preuves irrésistibles (1).

Merlin a cependant soutenu le contraire. Il faut se défier de la science qu'il a déployée dans cette occasion (2); elle est mêlée des mêmes erreurs que nous avons signalées dans son argumentation sur la responsabilité solidaire des associés en participation. Presque toujours, dans ce plaidoyer, qui a exercé sur l'état des opinions une si fâcheuse influence (3), Merlin cite pour lui les autorités qui le condamnent. On ne conçoit pas, par exemple, que l'illustre procureur général ait opposé à Pothier l'autorité du judicieux Savary, lorsque ce dernier enseigne formellement, comme Pothier l'a fait après lui, que l'action directe manque aux créanciers contre les commanditaires.

804. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la société en commandite a été gérée sous une raison sociale, comme cela doit se faire d'après le code de commerce, la question est plus délicate; nous la traiterons dans un instant : avant tout, nous devons expliquer quel est l'état de la jurisprudence prise dans son point de vue le plus général, quand une société a contracté par un représentant avoué, ou soi-disant tel; c'est l'objet de la deuxième hypothèse posée au n° 771.

805. Supposons donc que, dans une société ordinaire, le contrat a été fait par l'associé, au nom de la société.

Ici commence un ordre de choses plus compromettant pour la société.

Toutefois, la seule circonstance, que le contrat a été fait au nom de la société, ne suffit pas pour rendre les coassociés obligés à la dette. Autrement, la témérité d'un associé ou sa mauvaise foi pourraient prodiguer le nom de la société dans des obligations étrangères à son mouvement d'action, et la ruiner pour des faits qui ne seraient pas les siens. A ce prix, les sociétés seraient une source de périls; elles seraient impossibles. Il faut donc quelque chose de plus que le nom social; il faut que la société ait donné un pouvoir à l'associé qui s'est servi de ce nom. C'est ce qu'enseignait le célèbre jurisconsulte Alexandre (4) : « Ut unus sociorum alios obliget, requiritur, non « solùm *quod sit ab eis expressè vel tacitè præpositus* (5), *sed etiam quod contrahat nomine communi* (6). »

Ainsi, deux conditions sont essentielles : 1° nom social; 2° pouvoir de l'employer. Si la société a donné pouvoir, mais que l'associé ne s'en soit pas servi, et qu'il ait contracté en son propre et privé nom, on rentre dans notre premier cas; le créancier n'a rien à demander directement à la société dont il n'a pas suivi la foi.

Il y a, à cet égard, des règles supérieures dont tout ceci n'est que le corollaire.

Ecoutons Casaregis :

« Aut mercator suo nomine contraxit, non exprimendo vel exhibendo mandatum, et tunc ipse obligatur, *et non ille pro quo contrahere intellexit*, et « à quo contrahendi mandatum receperat (7). »

C'est l'application de cette grande règle :

« *Personam contrahentium non egrediuntur contractus.* »

Que si, au contraire, la société n'a pas donné de pouvoir à l'associé qui s'est servi de son nom, le créancier reste également sans action contre la société. La plus simple réflexion suffit pour faire comprendre qu'il est répréhensible d'avoir traité avec un individu dont il n'a pas vérifié la qualité. Nul ne doit rester dans l'ignorance de la condition de celui avec qui il contracte; sinon il ne doit s'en prendre qu'à lui-même de son erreur (8).

Ici deux questions se peuvent présenter.

En quelle forme doit être exprimé le nom social?

En quelle forme doit être ce mandat?

806. Voyons le premier point.

Il est dans le commerce une formule fort usitée pour signaler le nom social : *N. et compagnie.* J'en ai fait connaître ailleurs l'origine et la signification. Un acte signé de cette signature oblige solidairement tous les membres d'une société collective. Ainsi le décide l'art. 22 du code de commerce (9).

En s'arrêtant à l'écorce du texte, il semblerait même, d'après cet article, que l'obligation souscrite par l'associé en nom collectif ne réfléchirait sur la société qu'autant qu'il se serait servi taxativement de cette formule, appelée *raison sociale.* Et cette opinion acquerrait plus de couleur encore, si l'on comparait l'art. 22 du code de commerce avec l'art. 7 du tit. IV de l'ordonnance de 1673 qui portait : « Tous associés « sont obligés solidairement, encore qu'il n'y en ait « qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé *pour la* « *compagnie*, et NON AUTREMENT.

Cependant il n'y a là qu'une simple apparence; nous ne devons pas prêter au code de commerce et à l'ordonnance un formalisme qui n'est pas dans leur

---

(1) Consult., affaire Loubon. Voy. STRACCHA, *Decis. rot. Gen.*, 39; CASAREGIS, disc. 29, nos 24, 25, et disc. 39, nos 30, 31, 32; DELUCA, *De credito*, disc. 88, nos 4 et 11; JORIO, *Giurisp. del commercio*, part. I, lib. IV, t. XXIII et t. XXV; SAVARY, *parères* 52, 55, 65, et t. I, p. 397; BORNIER, art. I, t. IV, de l'ordonnance de 1673; POTHIER, nos 56 et suiv. et 102.

(2) *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2.

(3) Il a entraîné en effet PARDESSUS, t. IV, nos 1031 et 1034; et un arrêt de la cour royale d'Aix, du 10 mars 1820.

(4) Lib. 5, cons. 139.

(5) Il cite la loi 1, § fin., D. *De exercit. act.;* et BARTOLE sur la loi *Tandem*, D. *de duobus reis.*

(6) Il cite BALDE sur la loi 82, D. *Pro socio.*

(7) CASAREGIS, disc. 40, n° 26. *Junge* ANSALDUS, disc. 30, nos 31, 32; DELAMARRE et LEPOITEVIN, t. II, n° 267.

Add. DUVERGIER, n° 388.

(8) *Suprà*, n° 792; STRACCHA, décis. 14, n° 87. Voy. aussi ce que dit COQUILLE, *suprà*, n° 666, pour les sociétés tacites.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 387, où il dit : « Peu importe que l'associé ait dit que l'obligation est contractée pour le compte de la société; il ne dépend pas de lui de s'attribuer, par une pareille déclaration, un pouvoir que la loi lui refuse. »

(9) *Suprà*, nos 360 et suiv.

esprit. En cette matière, il n'y a rien de sacramentel. Quelle que soit la locution employée, elle est bonne, pourvu qu'elle fasse savoir que l'obligation est contractée pour la société. C'est pourquoi la cour de cassation a très-bien jugé que l'associé, qui signe comme chef d'une société, donne l'équivalent de la raison sociale (1).

Il faut même décider que bien que l'associé chargé de la gestion ait signé de son nom seul, il oblige la société, pourvu que la teneur de l'acte constate que l'obligation est contractée pour le compte de la société (2). On le jugeait ainsi sous l'empire de l'ordonnance de 1673 (3), et le code de commerce se prête plus facilement encore à cette jurisprudence. En un mot, le droit commercial moderne n'a rien changé à cette maxime de Casaregis : « Socius socium non obli- « gat, nisi in contrahendo expressum fuerit nomen « sociale, *vel saltem ex facili circumstantiis, aut sub- « jectâ materiâ, illud argui potuerit* (4). » Cette vérité fait la loi des sociétés de commerce et des sociétés civiles.

Casaregis va même jusqu'à croire à la communauté d'obligation dans le cas suivant :

Plusieurs marchands président en commun et ouvertement à une affaire sociale, et l'on a coutume de contracter tantôt avec l'un, tantôt avec l'autre en les tenant pour associés comme ils le sont effectivement. Alors, quand même on n'aurait pas fait mention du nom de la société (5), tous seront tenus solidairement des obligations relatives à cette affaire (6). Casaregis suppose qu'ici la nomination de la société a lieu en quelque sorte *re ipsâ*, qu'elle ressort des habitudes prises par les associés avec le public, et du caractère ostensible qu'ils ont imprimé à l'affaire. Je ne repousse pas cette opinion d'une manière absolue. Je ne l'admets pas non plus sans le concours des faits les plus graves. Autrement, on pourrait en abuser pour faire disparaître la condition essentielle requise par l'art. 1864, à savoir, l'expression de l'intérêt social. Au surplus, on se souviendra que, dans le doute, tout associé est censé stipuler pour soi-même.

Ce qui confirme, du reste, la vérité de l'opinion de Casaregis (expliquée toutefois par nos dernières observations), c'est l'arrêt suivant de la cour de cassation, du 23 frimaire an XIII. Famin, associé de Paulée, avait signé un acte de son nom seul. Mais il résultait d'un ensemble de faits et de circonstances qu'il avait signé pour la société, et, ce qui était fort remarquable, c'est que ces faits et circonstances ne résultaient pas de l'acte même. Un arrêt de la cour d'appel de Paris déclara l'acte social et solidaire ; et, sur le pourvoi de Paulée, la requête fut rejetée par les motifs suivants :

« Attendu que l'article 7 du titre IV de l'ordon- « nance de 1673, en disposant que les associés sont « obligés solidairement lorsque l'un d'eux a signé, « *s'il a signé pour la compagnie et non autrement*, « n'a pas restreint la preuve que la signature a été « donnée au nom de la compagnie, à la formule usi- « tée parmi les négociants, *et compagnie*. Que cette « disposition n'a pas exclu les *autres preuves résul- « tant des actes ou des circonstances pour établir que « celui qui a signé son nom seul a agi pour la « compagnie*, ou que les objets fournis ont tourné au « profit de la société (7). »

Un arrêt semblable a été rendu par la même cour le 30 juillet 1810 (8).

Ces autorités et ces graves précédents lèvent toute hésitation dans l'espèce suivante dont j'ai eu à m'occuper pendant que j'exerçais les fonctions d'avocat général à la cour royale de Nancy :

Deux personnes sont associées pour l'exploitation d'une forge, et elles l'administrent collectivement d'une manière patente. L'un d'eux achète du bois *pour la forge* et signe l'acte de son nom. Il me paraît évident que cette énonciation, *pour la forge*, jointe à la notoriété d'un intérêt collectif, indique suffisamment que l'achat est fait pour le compte de la société (9).

807. Venons aux conditions du pouvoir dont l'associé doit être muni pour obliger la société au nom de laquelle il a contracté.

Et d'abord, suivant le célèbre jurisconsulte Alexandre, ce pouvoir peut être ou exprès ou tacite : « *Re- « quiritur quod sit ab eis expressè vel tacitè præpo- « situs* (10). »

Cette proposition est vraie (11). Mais des distinctions sont nécessaires pour prévenir les abus. Et il faut commencer par tirer une ligne de démarcation entre les actes d'administration et les actes de disposition.

En principe, chaque associé a de plein droit le pouvoir tacite d'administrer (art. 1859). Pour restreindre ou effacer ce pouvoir, une convention espresse est nécessaire. Ainsi, dans la sphère de l'administration, tout associé a mandat implicite de son coassocié pour traiter avec les tiers (12). Nous avons vu ci-dessus ce que comprend le droit de administrer (13). Il a une grande étendue et il embrasse même, suivant les cas, le droit de vendre certaines choses, d'emprunter dans certaines circonstances et dans une certaine mesure, etc. Inutile de revenir sur ces idées qui ont trouvé ailleurs leur démonstration ; il est désormais certain pour nous que quoique en général l'aliénation et l'emprunt, considérés d'une manière abstraite, soient des actes de disposition, ils peuvent cependant, à certains égards, rentrer dans le pouvoir d'un administrateur.

Il suit de là qu'en tant que ses actes se lient au droit d'administrer, ils peuvent être accomplis par le gérant ou par l'associé qui administre, sans que l'administrateur ait besoin d'un mandat exprès. Celui-ci tient ce mandat de la force des choses et des articles 1858 et 1859 du code civil. Ces idées sont vulgaires dans la pratique et dans la doctrine. On a vu ce qu'en ont pensé les plus grands jurisconsultes qui ont traité ces matières au point de vue du droit civil et du droit commercial (14). Je ne connais que Duran-

(1) Arrêt du 23 avril 1816 (*Palais*, 1817, t. I, p. 33; SIREY, XVI, 1, 275); *suprà*, n° 376.

(2) MERLIN, *Répert.*, v° *Société*, sect. VI, § 1, p. 703.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 101.

(3) Cass., 21 août 1811, et 27 frim. an XIII (MERLIN, *loc. cit.*).

(4) Disc. 39, n° 13; *suprà*, n° 376.

(5) Tum, licèt *nullum societatis vel commune nomen expenderent*.

(6) Disc. 39, n° 14.

(7) MERLIN, *Répert.*, v° *Société*, p. 706, col. 1; DALLOZ, *Société*, p. 118; SIREY, V, 1, 675.

(8) DALLOZ, *Société*, p. 118; SIREY, XI, 1, 91.

(9) Arrêt inédit de la cour royale de Nancy, du 14 août 1828, rendu sur mes conclusions conformes (affaire Charpentier contre la faillite Simonin).

(10) Lib. V, cons. 139.

(11) *Suprà*, n°s 784 et 789, voyez la décision de la rote de Gênes.

(12) DUVERGIER, n° 385.

(13) N°s 681 et suiv., 712 et suiv., et 746.

(14) ALEXANDRE; STRACCHA, cité n°s 784 et 789; COQUILLE, *suprà*, n° 666.

tion qui ait considéré le mandat virtuel et légal comme insuffisant, et qui exige un mandat spécial pour que la société soit obligée envers les tiers (1). Les articles 1862 et 1864, sur lesquels il s'appuie, ne doivent pas être entendus dans le sens d'un pouvoir donné tout exprès et spécialement pour la vente à faire, pour l'achat ou l'emprunt à contracter. Ces articles exigent un pouvoir dans celui qui gère, et voilà tout. Peu importe que ce pouvoir soit exprès ou tacite; un pouvoir tacite autorisé par la loi vaut un pouvoir exprès.

808. Mais, au delà du droit d'administrer, le pouvoir doit-il être spécial? Doit-il être exprès?

Dans les sociétés civiles, l'affirmative est vraie en général (2). Et néanmoins la pensée peut entrevoir plus d'une hypothèse de nature à rendre cette exi-

---

(1) Tome XVII, nos 447, 448.

(2) CRESP, consult. pour les commanditaires Loubon, p. 21; DUVERGIER, n° 385.

Add. Où il combat ainsi l'opinion contraire de DURANTON: « La société peut être engagée envers les tiers par les actes de celui à qui appartient l'administration, tant qu'il se renferme dans les limites que lui impose la convention ou la loi.

« Duranton enseigne, au contraire, que la qualité d'administrateur ne donne pas à celui qui en est revêtu le droit d'obliger la société envers les tiers, qu'il lui faut un pouvoir spécial; et le texte des articles 1862 et 1864 semble, je le reconnais, justifier son opinion.

« Suivant le premier de ces articles, dit-il, l'un des associés ne peut obliger les autres, si ceux-ci ne lui en ont donné le pouvoir; et le pouvoir dont il s'agit n'est pas celui d'après lequel l'associé qui contracterait la dette aurait été chargé de la simple administration de la société par une clause du contrat ou par un acte postérieur; car, s'il en était ainsi, il faudrait dire, par voie de conséquence, que, lorsqu'il n'y a pas de stipulation dans le contrat touchant l'administration de la société, chacun des associés a, par cela même, le pouvoir d'engager les autres par ses obligations, puisque, aux termes de l'art. 1859 1°, les associés, dans ce cas, sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre, et que ce que chacun fait est valable même pour la part de ses coassociés. Mais tel n'est pas l'esprit de la loi; il faut un mandat spécial, au du moins que la clause par laquelle l'administration a été conférée à l'associé qui a contracté la dette, l'autorise clairement à obliger les associés pour les affaires communes. Le code n'a point confondu la simple administration, même spécialement conférée à l'un des associés par l'acte de société, avec le pouvoir d'obliger les autres: le rapprochement des articles 1862, 1864, 1856 et 1859 le démontre évidemment. Un associé gérant pourrait abuser de ce pouvoir, sous prétexte que l'engagement qu'il souscrit est relatif à l'administration de la société, il pourrait de la sorte contracter des emprunts, faire des achats dans son intérêt personnel, ou par esprit de dissipation; et c'est ce qu'on n'a pas dû vouloir permettre. D'ailleurs, il n'est pas dans les principes qu'une personne puisse, par ses contrats, en engager une autre, de manière à donner lieu à une action contre celle-ci. On ne peut, en général, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même (art. 1119).

« Aussi la loi, allant au-devant de la possibilité de l'abus que nous venons de signaler, décide-t-elle, dans l'art. 1864, et sans distinction entre l'associé gérant et un autre associé, que la stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société. »

« Les arguments de Duranton sont, on le voit, puisés dans les principes généraux du droit; tirés des inconvénients qu'aurait pour la société la faculté de l'obliger, laissée à l'un de ses membres; et, enfin, pris du texte même de la loi.

« Ceux-ci me paraissent seuls avoir quelque force.

« D'abord, selon le droit commun, on ne peut, il est vrai, s'engager ni stipuler en son propre nom que pour soi-même; mais on stipule valablement pour autrui, lorsqu'on agit en qualité de mandataire, et précisément l'associé administrateur est le mandataire de la société. Ainsi les principes généraux, loin de s'opposer à ce qu'un associé engage ses associés envers les tiers par des actes d'administration, conduisent directement à cette solution.

« Les inconvénients qu'elle présente sont évidemment exagérés par Duranton. Il suppose que l'actif de la société pourrait être absorbé par des emprunts ou des achats faits de mauvaise foi ou avec légèreté; cela est impossible. Lorsque je soutiens que les actes d'un associé administrateur obligent ses coassociés, je n'entends parler que des actes qui rentrent dans ses fonctions; car le mandataire n'oblige le mandant qu'autant qu'il agit conformément au pouvoir qu'il a reçu. Or, des emprunts, des achats sont des actes qui sortent ordinairement des bornes de l'administration d'une société civile; par conséquent, ils ne seront pas obligatoires pour elle, à moins qu'un pouvoir spécial n'ait autorisé à les faire. Tel est le véritable esprit des art. 1862 et 1864.

« Leur texte ne repousse pas cette interprétation. Ils parlent de dettes et d'obligations; et ces mots pris *lato sensu* désignent toutes sortes d'engagements, quelle que soit leur origine. Mais on conviendra que le plus souvent, et dans le langage habituel, ils indiquent des obligations qui consistent à payer des sommes d'argent, et qui ont pour cause un prêt fait à l'obligé.

« Je pense que c'est dans cette dernière acception qu'il faut les prendre; parce que, sans cela, le principe général que le mandataire, agissant dans les bornes de son mandat, oblige le mandant, ne recevrait pas son application à la société, lorsque pourtant aucune disposition expresse ne le modifie; parce que, d'ailleurs, on méconnaîtrait les notions les plus élémentaires sur l'étendue des pouvoirs confiés à l'associé administrateur et sur les effets de ses actes. Il est incontestable qu'il peut louer les immeubles de la société, qu'il a même le droit de vendre certaines choses qui en dépendent; que le bail et la vente par lui consentis lient la société envers le preneur et l'acheteur: ceux-ci, en cas d'éviction, auront donc une action en garantie, et contre l'administrateur, et contre chacun des associés. Voilà bien un cas où ceux-ci sont engagés envers des tiers, par suite d'un acte d'administration: pourquoi ne le seraient-ils pas toujours?

« Je dois prévoir une objection que semble fournir l'art. 1852. Il y est dit que l'associé qui, de bonne foi, a contracté une obligation dans l'intérêt social, a le droit de se faire indemniser par la société. Il paraît tout naturel de conclure de cette disposition, qu'il est seul tenu envers le tiers avec qui il a contracté, et que celui-ci n'a pas d'action directe contre la société. Cela est vrai. Mais de quels engagements entend parler l'article 1852? C'est seulement, à mon avis, de ceux qui, ayant été contractés en dehors du cercle dans lequel l'administrateur doit habituellement se renfermer, ne sont pas, par leur nature, obligatoires pour la société.

« On ne contestera pas, au surplus, que le système que j'adopte ne soit bien préférable à celui que je repousse. Il évitera fréquemment un circuit inutile d'actions. Si le tiers avec qui a été fait un acte d'administration, n'a pour obligé que l'associé administrateur, il faudra qu'il agisse contre lui, et que celui-ci réclame de ses coassociés une indemnité. Combien est plus simple et plus rapide l'action directe accordée au tiers! On pourra, sans doute, lorsque la société aura retiré quelque avantage de l'opération, exercer contre elle l'action *de in rem verso*. Mais c'est là une ressource précaire, subordonnée à la preuve souvent difficile du bénéfice qu'a reçu la société, et limitée à la quotité de cet avantage. Pourquoi, enfin, le mandataire d'une société ne serait-il pas traité comme le mandataire d'un individu? Pourquoi le législateur serait-il protecteur plus attentif de ceux qui ont confié la gestion d'un fonds social à l'un des membres de leur association, que de ceux qui choisissent un homme d'affaires pour administrer leur patrimoine? Le véritable intérêt des sociétés est que leurs opérations soient rapides, faciles, multipliées, et que les tiers soient disposés à traiter avec elles comme avec un seul individu. La doctrine qui leur assure ces résultats leur est bien plus favorable que celle qui, sous prétexte de les défendre contre les malversations

gence trop absolue; il y a tel cas où le pouvoir de disposer peut résulter des circonstances pour lesquelles la préposition a été faite. Mais il faut être sobre de ces présomptions; la pratique ne doit les admettre qu'avec la plus grande réserve.

809. Quant aux sociétés commerciales en nom collectif, un pouvoir exprès se suppose beaucoup plus facilement; l'intérêt du commerce l'a ainsi établi (1). Les associés sont censés, par le fait même de leur association, s'être constitués mandataires et instituteurs les uns des autres, s'être réciproquement donné le pouvoir de s'obliger solidairement et indéfiniment pour toutes les fins légitimes de leur société, et l'étendue de ce pouvoir se règle sur une mesure plus large qu'en matière de société civile. Aussi la loi se contente-t-elle d'exiger que l'obligation soit contractée au nom de la société (article 22 du code de commerce), sans requérir précisément, comme l'article 1864 du code civil, qu'à l'expression du nom social se joigne l'existence d'un pouvoir (2). Ce pouvoir est naturellement présumé, et, sauf ce que nous dirons aux n°s 811 et 812, la signature sociale est suffisante; elle garantit tous les engagements pris par l'associé au nom de la société. Et ce mot d'engagement que j'emploie avec l'article 22 du code de commerce, a une étendue qui va au delà des dettes proprement dites; il signifie toutes les obligations quelconques qui rentrent dans le but social (3). Quant au pouvoir, je le répète, il résulte suffisamment, au regard des tiers, du fait même de l'association en nom collectif. Les tiers, qui ont contracté avec l'associé sous la foi de cette signature, doivent être tranquilles; la sûreté du commerce l'exige impérieusement.

810. Il est vrai qu'en parlant des rapports d'associé à associé, nous avons dit que le gérant ne doit pas se livrer à des actes de disposition (4), et que son pouvoir est limité aux actes d'administration. Mais, dans les rapports de la société collective avec les tiers, cette distinction, trop soigneusement gardée, serait une entrave pour le crédit; elle empêcherait les tiers de traiter avec la société, par la crainte d'actions en révocation et en nullité; les créanciers auraient toujours à redouter la confusion, si fréquente dans le commerce, de l'acte de disposition et de l'acte d'administration. Il faudrait douter sans cesse, dans des affaires qui ne prospèrent que par la confiance. Une raison d'utilité fait fléchir en conséquence les principes qui dominent la société civile.

Ainsi donc, l'associé en nom collectif, qui empruntera sous la signature sociale, obligera la société, sans que les tiers aient à s'enquérir de l'usage qui sera fait des fonds versés, et si l'opération est bonne pour la société; cet associé pourra aussi leur donner valablement des cautions (5).

811. Toutefois ces principes doivent être tempérés par une double modification.

La première est que l'acte n'excède pas ouvertement les fins de la société (6). Car s'il était marqué avec évidence au coin de l'abus, le tiers serait inexcusable de s'en être rendu complice. On admettrait la collusion ou la fraude. Supposez qu'un associé vende, sous la raison sociale, les immeubles non vénaux sans lesquels il est manifeste que la société ne peut marcher : n'est-il pas clair que l'acheteur aura montré une ignorance supine, et qu'il ne pourra prétendre avoir la société pour débitrice, alors qu'il coopérait à un acte destructif de la société?

Pareillement, nous avons vu ci-dessus que le gérant dépasse ses pouvoirs en hypothéquant les immeubles indispensables de la société, et que les tiers, à qui ces hypothèques sont accordées, doivent être réduits au rôle de créanciers chirographaires (7). L'hypothèque est une chose exorbitante, qui ne peut être valablement consentie que par le concours de tous les associés; un seul n'a pas de mandat tacite pour en grever l'actif social.

812. La seconde modification a lieu quand une clause du contrat a établi des dispositions spéciales sur le mode de contracter et sur l'étendue des obligations (8). Ainsi, par exemple, ce mandat réciproque, dont nous parlions au n° 809, n'existe réellement pour tous les associés, qu'autant qu'une clause expresse du contrat de société n'a pas restreint à l'un d'eux le droit de gérer et de donner la signature sociale. Quoique cette clause soit considérée comme extraordinaire, elle réagit cependant sur les tiers qui, au moyen du système de publicité adopté par la loi moderne, sont censés connaître les limites que la prévoyance des parties a voulu donner aux pouvoirs de chacun. Il suit de là que les créanciers qui traitent avec un des associés collectifs, privé de la signature

---

d'un administrateur, les enveloppe de mille liens, hérisse de difficultés leurs rapports avec les tiers, et, pour les empêcher de perdre, les met hors d'état de gagner.

« Ainsi, les actes d'administration émanés de celui à qui appartient le pouvoir de les faire, engagent la société, c'est-à-dire tous les associés. »

(1) Casr.

(2) **Add.** Cependant Persil, p. 83, n° 9, dit ici : « Lorsque la raison sociale qui constate seule aux yeux de la loi l'individualité de la société, manque aux engagements contractés par un seul sociétaire, il y a présomption légale que cet associé a contracté pour son propre compte, et cette présomption ne tombera que devant la certitude du contraire. Si l'on parvient à établir que les engagements d'un seul associé ont servi à toute la société, par suite de cette preuve celle-ci se trouve solidairement engagée, comme si l'associé avait signé sous la raison sociale. »

Jurisprudence. — Au cas de société commerciale non publiée, comme au cas de société légalement publiée, les engagements souscrits par l'un des associés en son nom individuel, sans addition de la raison sociale, et sans aucune mention propre à faire supposer que l'engagement ait été contracté dans l'intérêt de la société, n'obligent point les autres associés... si les tiers créanciers n'établissent pas que les deniers ont été réellement versés dans la société.

Le principe est applicable encore qu'il s'agisse de billets, et que le signataire ne fasse pas d'autre commerce que celui de la société : la règle qui répute faits pour son commerce les billets souscrits par un négociant, lorsqu'une autre cause n'y est pas énoncée, est exclusivement relative au règlement de la compétence (17 mai 1834, C. de cass. de France; Sirey, XXXIV, 1, 237).

Dans le même sens, Sirey, XXXIV, 1, 838.

— Un engagement souscrit par l'un des associés en nom collectif, oblige solidairement les autres associés, bien qu'il ne soit pas signé de la raison sociale, s'il est prouvé que cet engagement a été consenti pour le compte de la société. L'article 22 du code de commerce n'ôte pas au créancier la faculté de prouver que l'engagement, quoique revêtu seulement de la signature de l'un des associés, a été souscrit dans l'intérêt de la société (30 mai 1834, Bordeaux; Sirey, XXXIV, 2, 469).

(3) C'est l'observation de Locré, répétée par Persil fils, sur l'art. 22, n° 12, p. 84.

(4) *Suprà*, n°s 686, 745.

(5) Straccha, decis. rot. Gen. 14, n° 124; Felicius, capitulo XXX, n° 22.

(6) Paul de Castro, lib. II, cons. 345; Felicius, cap. XXX, n° 15 : « Dummodo tamen non excedat fines societatis. »

(7) *Suprà*, n° 686.

(8) *Suprà*, n°s 701, 702 et suiv.

sociale, s'exposeraient à subir les refus de la société (1).

Avant le code de commerce, il n'en était pas ainsi. On sait que, malgré les sages préceptes de l'ordonnance de 1673, les sociétés commerciales n'étaient pas publiées. Or, comment des associés, qui avaient soustrait à la connaissance des tiers leur pacte social, auraient-ils pu s'en prévaloir pour prétendre, contre eux, que leurs pouvoirs avaient été circonscrits dans certaines limites? On tenait donc comme non avenues pour les tiers les réserves extraordinaires, qui modifiaient l'étendue du mandat réciproque que l'association collective attribue de plein droit à chaque associé pour obliger la société : ces réserves étaient considérées comme une règle des associés entre eux, et non comme une loi faite pour les tiers auxquels on l'avait laissé ignorer. Pothier a parfaitement expliqué l'esprit de la jurisprudence sur ce point (2), et voici un arrêt important qui lui donne sa sanction. Aujourd'hui le point de vue ne serait plus le même, en ce qui concerne les sociétés collectives qui auraient été légalement publiées. Mais n'oublions pas qu'il s'agit d'un ordre de choses dans lequel régnait un système de clandestinité, que la sagesse des ordonnances n'avait pu vaincre et dont le public ne devait pas être dupe.

Par acte du 26 septembre 1604, Martin contracta société avec Captan et lui remit à négocier un fonds ou *cabal* de 31,000 livres. Une clause expresse portait que Captan ne pourrait emprunter au delà de 600 livres : il fit cependant des emprunts plus considérables. A sa mort, ses créanciers agirent contre Martin comme responsable des dettes contractées par son institeur. Arrêt du parlement de Dauphiné, du 24 mars 1635, qui, sans avoir égard à la clause prohibitive, condamna Martin à payer aux créanciers les dettes insérées dans les livres (3).

On invoqua (je cite les paroles de Basset) des arrêts solennels rendus par ce parlement, concernant deux compagnies du corail, par lesquels les participes solvables furent condamnés à payer la part même de leurs associés insolvables. Captan était non-seulement associé, mais instituteur, préposé au négoce et en ayant le maniement : c'était là un double lien qui affectait Martin. On citait Felicius (4), qui dit que *præpositus potest mutuari*, et qu'il oblige les autres, *licet doloso versetur*.

Quant à la clause prohibitive, ce n'est, ajoutait-on, qu'une mesure pour tenir Captan en bride; mais elle ne peut nuire aux créanciers, auxquels elle est inconnue. C'est pourquoi le droit veut que, pour donner force contre les créanciers à ces pactes, ils soient signifiés, ou enregistrés, ou insinués dans les greffes, ou inscrits dans un tableau qui soit affiché dans le lieu où se fait le négoce (5).

Au surplus, continue Basset, Martin, chef et maître de la société, avait connu les dettes et les avait approuvées, *non interpositâ contrariæ voluntatis testatione* (l. *Si filius*, D. *Ad maced.*). Pour qu'un préposé oblige le maître, il suffit que *sciente et patiente domino gerat* (l. 1, § 2, *De inst. act.*) (6).

Cette décision est excellente.

Sans doute, quand les associés se sont conformés aux dispositions de la loi qui exige l'enregistrement et la publicité, la jurisprudence moderne ne peut en argumenter; car alors la société est une personne civile, dont la constitution est connue, dont la capacité est réglée par les statuts : les tiers n'en peuvent prétexter cause d'ignorance.

Mais, sous le code de commerce comme autrefois, de pareilles restrictions non publiées ne pourraient être opposées aux tiers, et l'arrêt du parlement de Grenoble devrait servir de précédent (7).

812 2° (8). **812** 3° (9).

813. Nous venons de traiter ce qui concerne le mandat exprès ou tacite.

---

(1) FRÉMERY, page 401; HORSON, page 131 *suprà*, nos 706 et 375.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN disent ici, n° 210 : « Lorsque l'acte constitutif de la société désigne un gérant, lui seul peut obliger solidairement ses associés. Les tiers porteurs d'engagements souscrits par un des autres membres de la société, même sous la raison sociale, n'ont pas d'action contre la société, à moins qu'elle n'en ait profité. » Op. conf. de PERSIL, p. 83, n° 9.

(2) N° 98.

(3) BASSET, tome II, tit. XXII, liv. IV, chap. I, p. 291; TOUREAU, p. 97.

(4) Cap. XXX, nos 18, 19, 20, 23.

(5) L. *Sed si pupillus*, § *De quo palàm* et suiv., D. *De instit. act.* STRACCHA traite ce point fort au long, décis. 14, n° 12 : « Si Grimaldi, dit il, nolebant credi tantam summam Saulio institori, nec illum mutuo pecunias capere, debuerunt *palàm proponere* conditiones, *et claris litteris*, ut ab omnibus videri et sciri posset, et demum exponere de quibus secum contrahi vetabant jura : tum enim si contrahentes *præscriptam conditionem* non observassent, sibi imputare deberent. »

(6) STRACCHA, décis. 14, n° 3.

(7) Cassat., req., 24 juin 1829 (DALLOZ, XXIX, 1, 280).

(8) **Add.** *Dans quel cas la société serait-elle liée par la signature du gérant qui aurait perdu cette qualité?* — MALEPEYRE et JOURDAIN répondent, n° 204 : « Si un des associés souscrivait de la signature sociale des engagements, après que la gérance lui aurait été retirée par sentence arbitrale en dernier ressort, ou après la dissolution de la société, il commettrait un faux; mais si le changement survenu dans l'administration, ou la dissolution de la société, avait été régulièrement publié, les autres associés ne seraient pas engagés envers le tiers porteur de cette obligation frauduleuse. »

(9) **Add.** Quid *si le pouvoir d'administrer accordé au gérant seul n'avait pas été publié, mais avait été connu de celui qui a contracté avec un autre associé?* — On lit dans MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 211 : « Pardessus, n° 1025, pense qu'il faudrait refuser également toute action contre la société au tiers porteur dans le cas qui précède, lors même que la clause de délégation de tous les pouvoirs administratifs à un gérant n'aurait pas été rendue publique, si celui qui excipe contre la société des engagements pris envers lui par un des associés, avait connu l'acte qui interdit à cet associé le droit de gérer. Cette décision, quoique conforme à l'équité, nous paraît contraire aux principes qui régissent en France les sociétés commerciales. Tout ce qui tient aux formalités que la loi exige, est de droit strict, puisqu'elle prononce partout la nullité comme sanction pénale. Il n'y a donc qu'un moyen légal de faire connaître aux tiers les conventions de l'acte, c'est de le publier dans les formes prescrites; aucun mode de publicité ne peut remplacer celui-là. Tant que l'acte de société n'a pas été ainsi publié, il n'a pas d'existence légale, autrement on arriverait à décider que les circulaires que les négociants envoient à leurs correspondants, ou l'impression et la distribution de l'acte de société peuvent être substitués aux formes de publicité exigées par l'art. 42 du code de commerce. D'ailleurs, à défaut de publication dans les formes légales, l'acte est nul vis-à-vis des tiers, et par conséquent les conventions qu'il renferme ne peuvent pas leur être opposées. Il est vrai qu'ils sont admis à prouver, par toutes les voies légales, qu'il a existé une société; mais comme les modifications qui peuvent avoir été introduites par les conventions des parties aux principes de cette société, sont nulles à l'égard des tiers, elle doit être régie par les règles générales tracées par le code civil, c'est-à-dire que tout associé est administrateur et solidairement responsable (code civ., art. 1859). »

Quelque important que soit le rôle qu'il joue dans le droit des tiers contre la société, il y a cependant un moyen d'y suppléer quand il n'existe pas : c'est de prouver que la somme prêtée a tourné au profit de la société (1) : on est alors placé dans les vrais termes de l'action *de in rem verso*.

La preuve du versement est à la charge du créancier ; elle n'est pas toujours facile.

814. Mais je répète que ce versement n'est considérable, qu'autant que la dette a été contractée *nomine sociali*. Que si la dette n'avait pas été contractée sous le nom social, il est certain qu'on ne serait pas fondé à opposer le profit qu'elle aurait fait ; elle l'aurait fait comme tierce personne. Il n'y a pas de doctrine plus certaine (2), et Merlin n'a pas été secondé par son savoir ordinaire quand il a enseigné le contraire. Je ne puis que renvoyer à ce que j'ai dit ci-dessus sur cette question (3).

815. Au reste, nous verrons tout à l'heure quelle est l'étendue de l'obligation conjointe que tous les associés sont censés contracter par le ministère d'un seul, lorsque l'acte souscrit par lui pour la société, mais sans pouvoirs, a tourné au profit commun (4).

816. Quand la procuration existe et que l'obligation a été contractée au nom de la société, il importe peu que l'argent ait tourné au profit de la société. Sans doute, l'associé contractant, qui voudra faire contribuer ses coassociés, devra leur prouver qu'il n'a pas détourné l'argent emprunté par lui (5) ; mais cette preuve n'est pas nécessaire à l'égard des tiers (6). Ceux-ci, ayant légalement contracté avec un associé muni de pouvoirs suffisants, ne doivent pas souffrir du mauvais emploi ; ils n'étaient pas chargés de surveiller les fonds : c'est aux associés à s'imputer d'avoir choisi un mandataire infidèle (7). Quant aux créanciers, leur action procède du mandat donné par la société à son représentant ; elle doit triompher quand le mandat existe ; comme elle ne découle pas du versement à la caisse sociale, ce dernier point est pour eux tout à fait insignifiant : « Ubi nomen vel causa « sociali accedit, dit très-bien Deluca, tunc versionis « defectus non attenditur, neque de illâ creditor sollicitus esse tenetur, *cum actio non procedit à versione, sed à reciproco mandato*, quod unus alteri « dedisse censetur (8). »

On ne saurait tenir un plus judicieux langage.

817. Il faut voir maintenant dans quelles proportions l'obligation réfléchit sur les coassociés.

En premier lieu, une distinction capitale doit être faite entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce.

Occupons-nous des premières.

818. Dans les sociétés autres que les sociétés de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement envers les tiers ; c'est une vérité élémentaire que proclame l'article 1862 : la dette se divise entre eux, et ils sont seulement tenus par portions égales. Ainsi, s'il y a quatre associés, chacun doit payer le quart de la dette, et le créancier peut les actionner directement pour cette quote-part (9).

Il importerait peu que l'un des associés soit dans la société pour moitié, et que les trois autres n'y soient que pour le restant ; cet arrangement intérieur n'influe pas sur les créanciers qui sont censés l'ignorer, ou qui, dans tous les cas, n'en sont pas atteints, d'après la règle *Res inter alios acta tertio non nocet*. Si les associés veulent que la dette se divise à l'égard des tiers sur le même pied qu'elle se répartit entre eux dans leurs arrangements privés, il faut que l'acte d'obligation en fasse une loi au créancier (article 1863) (10). Le créancier doit être averti par la convention même (11).

819. Il suit de là que l'on ne pourrait objecter au créancier la connaissance personnelle qu'il aurait de l'inégalité des parts des associés dans la société. Le créancier qui n'a pas été averti par la convention est autorisé à croire qu'on n'a pas voulu faire réfléchir sur

---

(1) Felicius, cap. XXX, no 13; Deluca, *De credito*, disc. 87, no 10.

(2) Pothier, no 105.

(3) Nos 773, 777.

Add. Duranton, no 448, partage l'opinion de Merlin.

(4) *Infrà*, no 820.

(5) Felicius, no 11 ; argum. de la loi 82, D. *Pro socio*.

(6) Felicius, nos 13 et 15.

(7) Henrys, t. II, p. 914.

(8) *De credito*, disc. 87, no 10.

Add. Op. conf. de Malepeyre et Jourdain, no 154, cependant avec cette limite (nos 155, 156, 161) : « Remarquez toutefois, disent-ils, que le tiers envers lequel un des associés aurait contracté, au nom de la société sous la raison sociale, n'aurait d'action qu'autant qu'il y aurait bonne foi de sa part, et que, s'il savait positivement que la somme empruntée ou l'objet acquis était pour le compte particulier de l'associé avec lequel il contractait ; s'il était évident que l'objet du contrat ne concernait pas la société, la dette ne serait pas réputée dette sociale, lors même qu'elle eût été contractée au nom de la société : par exemple, si l'associé avait fait, sous la raison sociale, un marché pour l'embellissement de sa maison de campagne ou de son appartement de ville, parce que la nature d'une pareille dette prouverait suffisamment qu'elle ne concernait pas la société.

« Nous pensons qu'il en serait de même, si l'engagement contracté au nom de la société était entièrement étranger au but de son institution ; par exemple, dans une société faite pour un commerce de vins, si le gérant achetait, au nom de la société, une partie de duel, la société ne serait pas obligée. Il faut renfermer dans les limites des affaires sociales les dangereux pouvoirs que chaque associé possède de rendre les autres responsables de ses actes.

« Il existe cependant une circonstance où, quoique la société ait en quelque façon profité de l'acte fait en son nom, elle n'est cependant pas responsable : c'est lorsque le versement de la somme ou la remise de l'objet n'a été fait que pour acquitter la dette de l'associé envers la société. Ainsi, par exemple, si l'associé avait emprunté une somme à un tiers, au nom de la société, et qu'il l'eût versée dans la caisse sociale, pour se libérer du montant de sa mise, ou qu'il eût acheté des marchandises qu'il aurait également livrées à la société, pour compléter son apport ou acquitter des dettes qu'il aurait souscrites envers elle, la société ne serait pas obligée, pourvu qu'il n'y eût ni connivence ni complicité de la part des autres associés, parce qu'on peut dire, en ce cas, qu'elle n'a pas réellement profité de l'affaire qui a eu lieu entre l'associé et un tiers, puisque l'associé qui a emprunté ou acheté n'a fait qu'acquitter une dette envers elle. »

Malepeyre et Jourdain, no 215, disent encore : « Pourvu, toutefois, que l'acte ait été fait au nom de la société, et que celui qui agit contre elle ne fût pas complice de la fraude que le gérant aurait commise envers ses associés. »

(9) **Add.** Op. conf. de Duvergier, no 389 ; de Duranton, no 450 ; des annotateurs de Zachariæ, § 363 : « Si cependant, disent-ils, l'obligation était indivisible, chacun des associés pourrait être poursuivi pour la totalité de la dette. Conférez, sur le principe énoncé dans le texte et sur cette exception, § 298, texte, no 1, et notes 7 et 10, I, p. 298, § 301. Voy. cependant au code de commerce, art. 22.

(10) Pothier, no 104.

Add. Op. conf. de Duvergier, no 390.

(11) Bouteville, rapport au tribunat.

lui des dispositions d'associé à associé ; il a pour lui le principe de droit, d'après lequel la dette se partage par portions viriles entre les codébiteurs (1).

Tout ceci sert invariablement de règle dans le cas où l'associé fondé de pouvoir de la société a contracté sous le nom social.

819 2° (2).

819 3° (3).

819 4° (4).

819 5° (5).

820. Mais si l'associé avait contracté sans pouvoirs, quoique au nom de la société, on sait que dans ce cas la société qui a profité de la chose n'est alors tenue qu'en vertu de l'action *de in rem verso* (6).

Et de là naît la question de savoir si les associés doivent être actionnés, comme dans le cas précédent, suivant leur part virile dans la totalité de la dette, ou s'ils ne sont tenus que jusqu'à concurrence de leur intérêt social.

Par arrêt de la cour de cassation du 18 mars 1824, rendu au rapport de Lasagni, il a été décidé que les associés ne pouvant être actionnés qu'autant que la dette avait tourné à leur profit, et que, dans ce cas, leur profit ne pouvant être qu'en proportion de la part qu'ils ont dans la société, c'est aussi en proportion seulement de cette part qu'ils peuvent contribuer;

---

(1) **Duvergier**, n° 392.

Add. Où il invoque les paroles de **Boutteville**, *suprà*, page 305.

(2) **Add.** *Si l'engagement envers le tiers porte que l'obligation est restreinte à sa part, sans autre explication, l'associé n'est point tenu pour une part virile.* — **Duvergier** dit, n° 392 : « Selon Duranton, lorsque l'acte porte que l'obligation de l'associé est restreinte sur le pied de sa part dans la société, sans autre explication, l'associé est néanmoins tenu pour sa part virile, parce que le tiers a dû naturellement croire que sa part était égale à celle de ses associés, l'égalité entre associés se présumant jusqu'à preuve contraire.

« Je ne puis adopter cette interprétation. Pour que les associés soient obligés également, il n'est pas besoin de stipulation spéciale ; il n'y a rien à dire ; c'est le droit commun. Lors donc qu'une clause particulière est placée dans le contrat auquel concourt un tiers, il est présumable qu'elle a pour but une dérogation aux règles ordinaires. En général, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun (code civil, art. 1157). D'ailleurs, le mot *restreindre*, dont Duranton suppose qu'on a fait usage, emporte nécessairement l'idée d'une différence entre la part virile de l'associé et sa part conventionnelle. »

(3) **Add.** *Les tiers ne peuvent point à leur gré réclamer contre chaque associé sa part virile ou sa part sociale. En l'absence de toute convention, ils n'ont droit qu'à la part virile.* — C'est ce qu'enseigne **Duvergier**, n° 393, où il dit : « Plusieurs auteurs (Delvincourt, t. VIII in-8°, p. 296 ; Dalloz, et Duranton, n° 451) enseignent que c'est dans l'intérêt des tiers qu'est établie la règle qui impose à chaque associé l'obligation de payer une part virile dans les dettes de la société ; d'où ils concluent que les tiers peuvent, à leur gré, user du bénéfice qui leur est accordé, ou y renoncer ; et réclamer contre chaque associé ou sa part virile, ou sa part sociale.

« Cette opinion ne me paraît pas devoir être suivie.

« D'abord je nie que l'intérêt des tiers soit le motif déterminant de l'art. 1863 ; ce n'est pas même une règle spéciale qui s'y trouve énoncée. Il présente seulement l'application au contrat de société du principe général que, lorsque plusieurs s'engagent conjointement, chacun n'est tenu que de sa part virile.

« Toullier établit cette proposition de manière à ne laisser aucun doute :

» Il faut tenir pour principe fondamental, dit-il, que le droit et » l'obligation se divisent de plein droit et par portions égales ou » viriles entre toutes les personnes énumérées conjonctivement » dans un contrat, soit comme créancières, soit comme débitrices » d'une seule et même chose, à moins que la loi ou la convention » n'en ait autrement ordonné. Chacun des créanciers, s'ils sont » deux, n'a droit qu'à la moitié de la chose qui est l'objet de l'obligation ; au tiers, s'ils sont trois, etc. ; chaque débiteur n'en » doit que la moitié s'ils sont deux ; le tiers, s'ils sont trois, etc ; » chaque créancier ne peut demander que la portion qui lui appartient ; le débiteur ne peut lui payer valablement que cette » portion, et chaque débiteur ne devant que sa portion virile, le » créancier ne peut lui demander cette portion.

» C'est ce qu'exprime l'article 1202, en disant que la solidarité ne se présume point ; qu'il faut qu'elle soit expressément stipulée, à moins qu'elle n'ait lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi.

« Cette maxime que la solidarité ne se présume point, est fondée en raison, car chacun n'étant censé stipuler que pour soi et » pour son propre intérêt, chacun des créanciers qui stipulent » une seule et même somme, a l'intention d'en stipuler une partie » à son profit ; et comme chacun d'eux a la même intention, les » parts doivent être égales : *et de même chacun des débiteurs » qui promettent une même somme par le même acte, n'est censé » promettre que sa part virile, quand même ils seraient associés*, pourvu que ce ne fût pas une société de commerce (article 1862). Ainsi, les associés sont tenus envers les créanciers » avec lesquels ils ont contracté, chacun pour une somme et part » égale, encore que la part de l'un dans la société fût moindre, si » l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur » le pied de cette dernière part (art. 1863) »

« On le voit, Toullier démontre que chaque associé est tenu pour sa part virile, parce qu'il a voulu s'engager pour cette part, ni plus ni moins. Réciproquement, les droits du créancier sont invariablement fixés, et il ne peut s'enquérir de ce qui se passe dans l'intérieur de la société, pour changer la base d'après laquelle ses débiteurs se sont engagés envers lui. »

Op. conf. par les annotateurs de **Zachariæ**, § 383, où ils disent : « Nous ne saurions partager l'opinion de Delvincourt, d'après laquelle le créancier jouirait, en cas d'insolvabilité de l'un des associés, d'une faveur qu'il serait difficile de justifier. »

(4) **Add.** *La convention qui limiterait la responsabilité d'un associé à la perte des capitaux qui forment sa mise, n'a point d'effet à l'égard des tiers, alors même que ceux-ci l'auraient connue.* — **Duvergier** dit à ce sujet, nos 395 et 396 : « La convention peut limiter la responsabilité d'un associé à la perte des capitaux qui forment sa mise. L'art. 1855 autorise implicitement une stipulation semblable.

« Lorsqu'elle est insérée dans l'acte constitutif de la société, elle ne met pas l'associé, en faveur duquel elle a été introduite, dans la position d'un commanditaire ; car celui-ci, on le sait, n'est tenu que jusqu'à concurrence de sa mise, même relativement aux tiers. Elle détermine seulement les rapports des associés entre eux, et laisse subsister la règle qui impose à chaque associé l'obligation de supporter, à l'égard des tiers, une part égale des engagements sociaux. Vainement même on prouverait que les tiers ont eu connaissance de la stipulation. On ne pourrait conclure de là qu'ils ont renoncé à l'avantage que leur assure le droit commun, d'avoir tous les associés pour débiteurs, et chacun pour une part égale. »

(5) **Add.** *Il en serait autrement, s'il était dit dans l'acte de société que l'associé ne serait tenu, même à l'égard des tiers, que jusqu'à concurrence de sa mise.* — On lit dans **Duvergier**, n° 397 : « Mais il faudrait bien admettre cette renonciation, s'il était dit, dans l'acte constitutif de la société, qu'un associé ne serait pas tenu au delà de sa mise, même à l'égard des tiers. Ceux qui auraient traité avec la société, et qui auraient reçu communication de cette restriction aux principes ordinaires, s'y seraient soumis par un consentement tacite. Alors la position de l'associé aurait une analogie complète avec celle des membres d'une société commerciale en commandite. »

(6) *Suprà*, nos 813, 814.

Add. Op. conf. de **Delvincourt**, t. VIII in-8°, p. 294.

qu'autrement l'action *de in rem verso* serait étendue dans ses effets au delà de ses causes (1).

Cet arrêt est excellent ; il entre à merveille dans les principes de l'action *de in rem verso*; il les applique avec discernement. Vainement opposerait-on le texte de l'art. 1863, comme le faisait le demandeur en cassation dont le pourvoi fut rejeté.

Cet article, pris à la lettre, n'a été fait que pour le cas où les associés ont comparu tous ensemble; puis, par identité de raison, il s'étend au cas où, sans comparaître personnellement, ils ont été représentés par leur coassocié muni de leurs pouvoirs. Mais lorsque, n'ayant contracté ni par eux-mêmes ni par procureur, on vient les rechercher en vertu de la maxime *Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui*, n'est-il pas évident que la position n'est plus la même, et ne faut-il pas se résigner aux conséquences du principe qu'on leur oppose (2)?

821. Tels sont les principes dans les sociétés civiles. Point de solidarité.

Egalité entre tous les débiteurs, si ce n'est dans deux cas : 1° quand le créancier a consenti à une inégalité de responsabilité ; 2° quand l'action est non pas *creditæ pecuniæ*, mais *de in rem verso*.

821 2° (3).

821 3° (4).

821 4° (5).

822. Arrivons aux sociétés de commerce. Ici l'obligation des associés envers les tiers est solidaire, sauf quelques exceptions.

Recherchons l'origine de cet état de choses. Le droit romain pourra, ici comme ailleurs, nous être d'un grand secours.

On sait qu'il se faisait, à Rome et dans l'empire, un commerce de banque fort considérable; des lois nombreuses s'étaient occupées de l'exercice de la profession de banquiers et argentiers dans un intérêt public. On avait décidé que les associés argentiers étaient tenus solidairement de leurs obligations (6).

Ainsi, voilà la solidarité appliquée d'une manière positive à une société commerciale.

Une autre nature de spéculation donnait lieu à des sociétés étendues : c'était la ferme des revenus publics, dont j'ai traité avec détail dans la préface de ce livre. Les sociétés de publicains étaient-elles solidaires?

Un grand nombre de docteurs ont pensé que la solidarité y était de droit, sur le fondement de la loi 9, § 4, D. *de publicanis*. Ce fragment est ainsi conçu : « Socii vectigalium, si separatim partes administrent, alter, ab altero minùs idoneo, in se se portionem transferri jure desiderat (7). » Mathæus, dans son savant traité *De auctionibus*, ne croit pas que ce texte soit décisif; il lui en oppose qui ne sont pas le moins du monde convaincants (8). Il ne veut pas surtout qu'on argumente des argentiers aux publicains (9).

Pour moi, je pense, avec Voet (10), que le texte de Paul est suffisamment clair. L'associé qui administre une part de la société ne serait pas fondé à exiger qu'on lui transférât la part de son coassocié insolvable, s'il n'était tenu à lui par un lien de solidarité. Je suis donc convaincu que c'est de là que vient, chez les nations modernes, le droit qui, aussi haut qu'on remonte, nous montre la solidarité planant sur les sociétés formées pour la ferme des revenus publics (11).

Ainsi, déjà la solidarité commence à poindre dans cette recherche du droit romain ; elle régit deux sortes de sociétés livrées à de vastes et importantes spéculations : les sociétés d'argentiers, les sociétés plus étendues encore de publicains.

823. Il est également certain que, dans le droit romain, la solidarité avait lieu quand une société, constituée pour faire des gains par le négoce (12), se faisait représenter par un instituteur (13), ou facteur; le fait de l'instituteur, du facteur, obligeait solidairement les associés (14). Par exemple, si Titius et Sempronius

---

(1) DALLOZ, *Société*, p. 96; SIREY, XXV, 1, 138.

(2) DUVERGIER, n° 402; DURANTON, t. XVII, n° 448.

Add. MAZERAT sur DEMANTE ; DALLOZ, n° 7.

(3) Add. *Avant d'agir contre les associés individuellement, les créanciers doivent s'adresser à la société même et au domicile social.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 214 : « Nous partageons l'avis de Pardessus, n°s 186 et 1026, et nous pensons que cette action individuelle contre chacun des associés pour le total de la créance, ne peut être exercée qu'après que le créancier a demandé son payement à la société, et l'a fait condamner, par jugement obtenu au tribunal du lieu où siége la société, au payement de ses obligations ; en effet, c'est elle qui, comme être rationnel et collectif, est débitrice principale ; c'est donc à elle qu'il faut d'abord s'adresser. D'ailleurs le payement ne peut jamais être demandé que dans le lieu désigné par la convention, ou, à défaut de convention spéciale, au domicile du débiteur (code civil, art. 1247). Or, la société étant débitrice principale, le payement doit être fait en la maison sociale, conformément à l'art. 69 du code de procédure civile, et c'est à ce même domicile social que les actions concernant la société doivent être intentées. Ce n'est qu'en vertu du jugement obtenu à ce domicile, portant condamnation de la société, que le créancier pourrait agir contre chacun des membres qui la composent. »

(4) Add. *S'il n'y a pas de maison sociale, la société est poursuivie au domicile de l'un des associés.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 215 : « S'il n'y a pas de maison sociale, l'art. 69 du code de procédure civile permettant d'agir en la personne ou au domicile de l'un des associés, le créancier peut exercer directement ses poursuites contre celui des associés qu'il choisit ; mais il ne paraît pas qu'il puisse les exercer simultanément contre chacun d'eux et les faire assigner concurremment à leurs domiciles respectifs : c'est la société qui est débitrice, c'est donc elle seule qui doit être condamnée. S'il n'existe pas de domicile social, la condamnation peut être prononcée toujours contre elle au domicile de l'un des associés, sauf au créancier à exercer son action individuelle contre chacun des associés pour les contraindre dans leurs personnes et leurs biens, lorsqu'il aura obtenu une condamnation contre la société. »

(5) Add. *Cependant le créancier ne doit pas discuter les biens de la société avant d'agir contre les associés.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 218 : « Mais, dans aucun cas, le créancier n'est tenu de discuter les biens de la société avant d'avoir le droit d'agir contre les associés, car ils sont tous débiteurs solidaires ; à plus forte raison n'est-il pas obligé d'attendre le résultat des comptes et partages qui seraient la suite de la liquidation de la société. Peu lui importe en effet de connaître alors la position de chaque associé, par rapport à la société, puisqu'ils sont tous solidairement engagés envers lui. Les règles tracées par le § 2 de la sect. IV du chap. IV du livre III du code civil, sont applicables aux associés. »

(6) L. 27, D. *de pactis*; CUJAS sur la loi 82, D. *Pro socio*, lib. *Respons. Papin.*; BARTOLE, l. *Eamdem*, D. *de duob. reis*, n° 11 ; FELICIUS, cap. XXX, n° 30. Voy. notre préface.

(7) PAUL.

(8) L. 6, D. *de publicanis*; l. 46, § dernier, D. *de jure fisci*.

(9) *De auctionib.*, lib. II, cap. VIII et V; lib. II, cap. VI, n° 4.

(10) *Pro socio*, n° 13.

(11) FELICIUS, cap. XXX, n° 30.

(12) *Propter quæstum*. PAUL., l. 16, D. *de instit. act.*

(13) L. 1, § 25, D. *de exercit. act.* (PAUL, *Ad edict.*, lib. XXVIII). La l. 13, § 2, D. *de inst. act.* (ULPIAN), est surtout formelle.

(14) FELICIUS, cap. XXX, n° 31.

avaient préposé à un négoce, ou à l'exploitation d'une boutique, un esclave ou un homme libre (c'était ordinairement un esclave), chargé d'acheter, de vendre, de prêter, d'emprunter, l'un et l'autre étaient liés *in solidum* par les actes de ce représentant nommé *institor*, parce que *negotio gerendo instabat* (1). On avait établi cette responsabilité solidaire pour ne pas forcer celui qui avait contracté avec un seul à agir contre plusieurs, et, comme disait Caius, *ne in plures distringeretur qui cum uno contraxerat* (2). Cujas a si bien et si énergiquement rappelé ce point de droit que je vais le laisser parler (3) : « Notandum est, ex « contractu ejus quem, *quæstus faciendi causâ*, ta- « bernæ, officinæ vel negotiationi, præposuimus, ut « ei rei, vice nostrâ, sedatim insisteret, qui de indè « *institor* dicitur, nos qui præposuimus obligari et « teneri institoriâ actione *in solidum*, sive servus sit « noster, sive alterius, *sive liber homo*, sit is quem « præposuimus... Verùm si unus conventus in soli- « dum, solidum præstiterit, quod ampliùs suâ parte « præstiterit id a cæteris consequetur actione pro so- « cio (4). »

Une pareille solidarité avait également lieu, quand plusieurs associés plaçaient un patron sur leur vaisseau pour le faire naviguer dans leur intérêt commun (5). Les faits du patron les obligeaient solidairement, sauf recours entre eux par l'action *pro socio*. De même, tous les propriétaires d'un esclave étaient tenus solidairement, par l'action *de peculio*, des contrats de cet esclave (6). La grande et constante raison (*summa ratio*, disait Cujas), c'était toujours qu'il ne fallait pas que celui qui avait traité avec un seul fût forcé d'aller se débattre contre plusieurs. L'action provenait, non de la personne des représentants, mais de la personne du représenté (7) ; et dès lors elle devait rester entière contre chacun de ceux qui avaient commis ce représentant.

824. De graves jurisconsultes ont dit que ces lois étaient tombées en désuétude dans l'Europe moderne, en tant qu'elles faisaient peser la solidarité sur les commettants (8). Grotius a reproché à la solidarité de l'action exercitoire d'être contraire à l'équité et à l'intérêt public. Il rappelle la coutume hollandaise, si favorable au commerce, si bien appropriée à ses besoins ; coutume tellement opposée à la solidarité, qu'elle déchargeait l'armateur de toute responsabilité par l'abandon du navire et du fret (9). Voet a fait la même observation (10), en l'appliquant aussi à l'action institoire ; et il veut que tous les propriétaires du navire ou tous les commettants soient libérés de l'action des tiers, en leur abandonnant la part qu'ils ont dans le navire ou dans le négoce.

Ces observations sont vraies en un sens.

D'après le droit moderne (11), adopté par l'art. 216 du code de commerce, l'armateur fait cesser sa responsabilité des faits du capitaine, en abandonnant le navire et le fret. Il suit de là que si le navire, au lieu d'être la propriété d'un seul, est la propriété de plusieurs armateurs associés, les faits du capitaine n'obligent désormais cette société que jusqu'à concurrence du navire et du fret. Sous ce rapport, la désuétude des lois romaines ne saurait être révoquée en doute.

Mais, en ce qui concerne l'action institoire, les observations de Voet ne doivent être admises qu'avec une distinction. Sans doute, quand les commettants ne sont pas nommés, le fait de l'instituteur qui agit en son propre nom, et comme personne privée, ne les lie que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont dans l'affaire ; mais s'ils sont dénommés explicitement ou implicitement par l'instituteur agissant pour eux, en son nom, ils sont tenus solidairement ; la rote de Gênes l'a toujours entendu ainsi (12), et sa jurisprudence est prépondérante.

On comprend la différence de ces deux cas. Quand l'instituteur se montre au dehors en son propre et privé nom, le commettant, dont le crédit n'a pas été engagé parce qu'il n'a pas été aperçu, ne doit pas être tenu personnellement. L'action des tiers ne peut s'exercer que sur les choses qu'il a exposées dans la société, parce qu'il les a, en quelque sorte, offertes comme gage, et que ceux qui ont traité avec l'instituteur ont été autorisés à y voir pour eux une garantie ; mais le droit des tiers ne dépasse pas ce point : *quidquid in mercibus erit* (13).

Que si, au contraire, l'instituteur s'est annoncé comme tel, alors la personne de ses commettants est nécessairement engagée : *scilicet quia is qui ita contrahit fidem domini sequi videtur* (14).

Est-elle engagée solidairement ?

On a vu là-dessus la décision des lois romaines. Faisant une différence entre les actes du propriétaire qui se borne à tirer parti de sa chose, et celui qui se livre à des spéculations pour faire un gain (*propter quæstum*) (15), elles veulent que toute société, érigée dans cette vue mercantile, soit tenue *in solidum* des faits de son facteur ; elles veulent que chaque associé soit responsable personnellement pour le tout, et qu'il ne puisse pas objecter que l'action des tiers doit être restreinte ou à sa part virile, ou à sa part dans la marchandise (*an pro æqualibus, an pro portione mercis*) (16).

825. Eh bien ! c'est ce qui a toujours été adopté dans les affaires de commerce chez les nations modernes. Si les sociétés, ayant le négoce pour objet, ne se faisaient pas représenter par des esclaves, elles se faisaient représenter très-souvent par un de leurs membres chargé de les gérer, et tout à la fois associé et instituteur (17). Or, quand ce gérant agissait au nom de sa société, chaque membre de cette société était tenu solidairement, comme dans le cas prévu par Ulpien dans la loi 4, § 1, D. *de exercit. act.* On a vu ci-dessus quel parti Bartole et Paul de Castro tirèrent des principes du droit romain sur l'action institoire et l'action exercitoire, pour donner à la formule *N. et compagnie* son véritable sens (18). Il n'est pas une seule

---

(1) L. 3, D. *de inst. act.* ; VOET, n° 1.
(2) L. 2, D. *de exercit. act.* ; *junge* l. *Et ancillam*, § *ult.*, D. *de peculio*.
(3) Lib. XXIX, *Pauli ad edict.*, sur la loi 3, D. *de exercit. act.*
(4) L. 3, D. *de exercit. act.* (PAUL, lib. XXIX, *Ad edict.*)
(5) L. 1, § dernier, *de exercit. act.* (PAUL, *loc. cit.*)
(6) L. précitée *De peculio*.
(7) L. 1, § 24, D. *de exercit. act.* ; CUJAS, *loc. cit* ; FAVRE, *Rationalia* sur les §§ 24 et 25 de cette loi.
(8) VOET, *De exercit.*, n° 5 ; *De instit.*, n° 2 ; VINNIUS, Instit. *Quod cum alio*.
(9) *De jure pacis et belli*, lib. II, cap. XI, n° 13.
(10) *De exercit. act.*, n° 5 ; *De instit. act.*, n° 2.
(11) Ordonn. de la marine, l. VIII, art. 2 ; POTHIER, *Oblig.*, n° 452.
(12) *Decis. rot. Gen.*, nos 126, 131, décis. 14.
(13) Arg. des Instit. *Quod cum eo*, § 3.
(14) CAIUS, IV, 71 ; JUSTINIEN, Instit. *Quod cum eo*, § 1.
(15) L. 16, D. *de instit. act.*
(16) ULPIEN, l. 13, § 2, D. *de instit. act.* ; PAUL, l. 14, D. *de instit. act.*
(17) *Suprà*, n° 667.
(18) *Suprà*, nos 362, 363.

décision des tribunaux italiens et français, qui n'ait pris ces principes pour les transporter dans les sociétés de commerce : on peut lire les arrêts de la rote de Gênes (1), et, en France, les anciens arrêts des parlements rapportés par Charondas (2) et par Maynard (3).

Ainsi donc, ce point ne saurait faire l'objet d'un doute; l'influence des lois romaines est, à cet égard, manifeste et précise.

Voilà ce que les précédents nous enseignent sur la solidarité dans les sociétés commerciales agissant par un gérant : voilà ce que le code de commerce a consacré (art. 22).

826. Mais le bon sens du lecteur a déjà prévu que ces vérités ne sont dominantes que dans les sociétés collectives, lesquelles offrent à la confiance du public la personne de chacun des associés. Du reste, on pressent que la question de réflexion solidaire pour le fait du gérant ne peut pas même être posée dans la société en participation ; car, dans cette espèce d'association, tout se renferme dans des rapports intimes et secrets ; il n'y a pas de gérant pour le public ; il n'y a qu'une personne privée agissant seule et sous son propre nom. S'il était prouvé que la participation a capté la confiance publique par l'appât du crédit collectif de ses membres, elle ne serait pas une vraie association en participation. Elle serait une société collective, et les associés subiraient les conséquences de la position qu'ils se sont donnée en face des tiers (4).

827. Quant à la société anonyme, qui se meut toujours par le ministère d'un directeur gérant, il est de son essence de n'engager à l'égard des tiers que le montant des capitaux exposés (art. 33 du code). La société anonyme n'est pas une association de personnes : elle n'est qu'une association de capitaux ; elle n'admet pas la responsabilité personnelle ; elle ne connaît que la responsabilité des sommes mises dans la société : ses administrateurs eux-mêmes ne sont quo des mandataires purs et simples, *nudi ministri* (5) ; et si à leur qualité de directeurs ils joignent celle d'associé, leur engagement, même dans ce cas aggravant, ne va pas au delà de leur mise (6).

828. Pour ce qui est de la société en commandite, qui aujourd'hui doit être organisée sous la raison sociale *N. et compagnie*, il est également certain que l'associé commanditaire, qui ne s'est pas immiscé, n'est pas tenu solidairement des engagements du gérant. Il n'est tenu que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société (art. 26).

Mais, ainsi limitée, l'action des créanciers est-elle directe, ou seulement oblique? Cette question est grave, et partage les esprits; elle doit être soigneusement examinée; nous allons la reprendre au point où nous l'avons laissée au n° 803.

829. Les jurisconsultes étrangers, aussi bien que les jurisconsultes français, qui ont traité les matières commerciales avant le code de commerce, s'accordent à décider que, du commanditaire aux tiers, il n'y a aucune action directe, ni active, ni passive. Comment en aurait-il été autrement? Dans le système de tous ces auteurs, la commandite n'avait pas de raison sociale (7) ; tout le commerce se faisait par un gérant agissant en son seul et privé nom, et rien n'annonçait aux tiers le crédit d'une société; rien non plus ne pouvait les autoriser à agir contre elle de leur chef. Un savant professeur de l'école de droit d'Aix, Cresp, a établi cette vérité avec un savoir et une vigueur irrésistibles (8). Merlin seul a eu le privilége d'apercevoir dans Savary, Jousse, etc., etc., la consécration de l'action directe (9); et le fait est que ce sont précisément les doctrines de ces auteurs qui la repoussent (10).

830. Toutefois, je ne suis pas aussi absolu que Cresp ; je n'admets pas que jamais, dans les commandites antérieures au code de commerce, l'action directe ne fût permise. Je soutiens, au contraire, que, dans le nombre infini d'espèces diverses que révélait la commandite à cette époque, il y avait des sociétés formellement qualifiées de sociétés en commandite, qui comportaient l'action directe des tiers. J'avoue que ce n'était pas le cas le plus fréquent ; mais, enfin, il y en a des exemples éclatants. La société, organisée par le grand Colbert pour les assurances générales maritimes était une société en commandite, et les commanditaires étaient soumis à l'action directe des tiers (11). Peu importe que les auteurs n'aient pas tenu compte de cette combinaison de la commandite et d'autres analogues, qui la faisaient sortir des limites des définitions doctrinales (12). Ce n'en est pas moins un fait considérable dans la pratique du commerce ; et, dès lors, je suis beaucoup moins disposé que Cresp (13) à blâmer Regnaud de Saint-Jean-d'Angély d'avoir avancé, dans la discussion du conseil d'État, que *le commanditaire répondait directement* (14), *quoique seulement en proportion de sa mise*. Par ces paroles, Regnaud de Saint-Jean-d'Angely faisait voir qu'il était plus au courant des habitudes commerciales que Merlin (15). Oui ! il y avait des cas nombreux où les commanditaires répondaient directement. La commandite, en s'élargissant et en se modifiant, avait imaginé, en dehors des cas prévus par Savary et autres auteurs, des hypothèses dans lesquelles elle offrait le commanditaire au recours direct des tiers.

831. Là-dessus, qu'a voulu le code de commerce? Les opinions sont fort partagées.

L'action directe, refusée par Delvincourt, Favard, etc., a été accordée par Pardessus (16), Malepeyre et Jourdain (17), etc. Repoussée par la cour de Paris

(1) Décis. 14 et *passim*.

(2) Répons, liv. VII, ch. CIII ; liv. VIII, ch. XXXVIII : parlement de Paris, 7 septembre 1564.

(3) Liv. IV, ch. XXIV. Parlement de Toulouse, août 1594.

(4) *Suprà*, n° 499.

(5) Art. 32 du code de commerce ; *suprà*, n° 450.

(6) *Ibid.*, n° 450.

(7) *Suprà*, n°s 384, 396, 399, 400, 401.

(8) Consult. pour les commanditaires de Loubon aîné.

(9) *Quest. de droit*, v° *Société*, § 2.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 256, suivent ici l'opinion de MERLIN.

(10) Voy., en effet, SAVARY, *Formule de la commandite*, t. 1, p. 391 ; parères 52, 23 ; JOUSSE sur l'ord. de 1673.

Et POTHIER, en écartant formellement l'action directe, n'a fait que résumer cette doctrine (*Société*, n°s 101, 102).

(11) *Suprà*, n° 397.

(12) Par exemple, la raison sociale, etc. ; *suprà*, n°s 397, 384, 396, 399, 400, 401.

(13) P. 92.

(14) LOCRÉ, t. XVII, p. 185.

(15) *Suprà*, n° 399.

(16) T. IV, n° 1034.

(17) N° 256.

Add. Où ils disent : « L'art. 26 du code de commerce déclarant formellement que l'associé commanditaire est *passible* des pertes jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou qu'il a dû mettre en société, il est reconnu qu'il est obligé de la même manière que les associés solidaires, mais seulement jusqu'à concurrence de sa mise. L'associé principal contracte au nom de tous les associés ; les engagements qu'il souscrit pour la société réfléchissent sur les autres de la manière réglée par la loi ; les commandi-

le 24 août 1833 (1), elle a été admise par un arrêt précédent du 23 février 1833 (2), par diverses décisions du tribunal de commerce de la Seine et du tribunal de commerce de Marseille (3), et par un arrêt de la cour royale d'Aix du 10 mars 1820 (4).

832. Quant à moi, une première réflexion m'a frappé tout d'abord : c'est que, sous l'empire du code de commerce, qui oblige la société en commandite à se révéler au public sous une raison sociale, il est difficile d'argumenter, contre l'action directe, des précédents de l'ancien droit tirés des cas où la commandite n'agissait au dehors que sous un nom privé. Quand un individu signe une obligation *N. et compagnie*; quand il annonce par là qu'il ne fait pas le commerce pour lui seul, mais qu'il est l'agent, l'instituteur d'une société, on ne saurait, sans la plus fâcheuse confusion, le comparer à celui qui ne s'engage qu'en son seul et privé nom. Malgré toutes les ressources de l'argumentation de Cresp, il ne sera jamais permis de dire qu'*il n'agit et ne s'oblige qu'en son seul et privé nom* (5). Une signature sociale est précisément le contre-pied d'une signature sous un seul et privé nom.

Pourquoi, dans les doctrines de Savary, Jousse, Bornier, Pothier, etc., le commanditaire échappait-il à l'action directe des tiers? Ces auteurs l'ont répété cent fois : c'est que les tiers avaient contracté, non avec une société, mais avec une personne privée, c'est qu'ils n'avaient pu compter sur un crédit social, qu'on n'avait pas fait briller à leurs yeux; et que, simples créanciers d'une personne isolée, ils ne devaient pas franchir les bornes de son crédit particulier. A ce point de vue, rien n'est plus logique ni plus vrai.

Mais que deviennent ces puissantes raisons quand on a jeté aux tiers l'appât d'une signature sociale, et qu'on les a fait traiter avec le corps entier d'une société dont l'actif est devenu leur gage? Autant ces arguments étaient graves tout à l'heure, autant je les trouve intempestifs maintenant. Là la société était absente; ici elle comparaît en personne.

833. Ceci posé, demandons-nous quels sont les droits des tiers qui ont stipulé avec une société. L'article 1864 les a déjà définis. La stipulation, que l'obligation est contractée pour le compte de la société, remonte au delà de l'associé contractant, quand ce dernier a un pouvoir de ses coassociés, ou quand la chose a tourné au profit de la société. Or, n'y a-t-il pas ici un pouvoir légal et de droit confié au gérant? Et pourquoi, dès lors, enlèverait-on aux tiers le bénéfice de cette disposition générale, expression du droit commun? Est-ce qu'elle n'est pas la loi des lois pour les sociétés commerciales comme pour les sociétés civiles? Et par quel privilége la commandite y échapperait-elle, elle qui se pare d'une signature sociale et a répudié les errements de la commandite anonyme et ignorée?

834. Cresp croit en avoir trouvé une raison plausible (6). Vous prétendez, dit-il, que le commandité est le mandataire du commanditaire. Mais quelle erreur! quelle confusion! Pour qu'il y eût mandat du commanditaire au commandité, il faudrait, d'après toutes les définitions du mandat (7), que le commanditaire pût être censé faire lui-même, par le ministère du commandité, tous les actes de gestion; il faudrait que ces actes fussent de nature à pouvoir être légalement faits par le commanditaire. Or, c'est précisément ce que la loi lui défend. Il ne peut ni agir, ni contracter, sans abjurer par là même sa qualité de commanditaire. Et ce qu'il lui est défendu de faire par lui-même, il ne peut pas davantage le faire par un représentant (8)!

Il faut donc reconnaître, continue Cresp, que le commandité gère par un droit qui lui est propre, mais jamais en vertu d'un mandat exprès ou tacite. Les premiers maîtres de la science l'ont toujours enseigné (9).

Au surplus, voulez-vous qu'il y ait mandat? Qu'y gagnerez-vous? Ce mandataire n'agit pas au nom de son mandant, il n'agit qu'en son propre et privé nom. Il ne s'oblige dès lors que comme commissionnaire pour compte. Il n'oblige que lui seul (10). Qu'on renonce donc à ce prétendu mandat. Il est contraire à la nature des choses, à toutes les règles, à toutes les notions de la commandite et du mandat (11).

835. Cette habile argumentation n'est cependant pas suffisante pour m'ébranler. Et voici pourquoi :

D'abord, la définition du mandat à laquelle Cresp entend nous asservir, quoique vraie en général et applicable à la plupart des cas, ne comprend pas néanmoins tout ce qui se rattache à ce contrat. Un avoué, par exemple, est bien le mandataire de la partie qui l'emploie, et cependant cette partie ne saurait être admise à faire par elle-même certains actes que l'avoué a mandat de faire pour elle et dans son intérêt.

Le gérant d'une société de commerce nommé par les statuts est également un mandataire, et cependant les associés ne peuvent faire par eux-mêmes les actes d'administration que le gérant doit faire pour eux (12). Que dirai-je aussi du liquidateur (13)? Eh bien! les commanditaires n'agissent pas et ne peuvent pas agir, afin de ne pas s'engager au delà de leurs mises. Mais le commandité agit pour eux et pour la société dont il est le représentant.

836. D'ailleurs l'art. 1864, auquel je me rallie, ne prononce pas le mot de *mandat* sur lequel roule toute l'argumentation de Cresp. Il demande à l'associé, qui expose le nom de la société, un *pouvoir* de ses coassociés. Or, cette expression a une portée plus étendue que celle dont Cresp s'est préoccupé. Si tout mandat donne un pouvoir, tout pouvoir ne dérive pas d'un mandat. Le tuteur a pouvoir de représenter son pupille; il oblige ce dernier envers les tiers; et cependant il ne tient de lui aucun mandat.

837. Ici, c'est bien mieux. Le pouvoir vient des associés eux-mêmes, réunis en société; il tient à la constitution même de la société, telle que l'a faite la

---

taires ne peuvent donc se soustraire aux poursuites des créanciers qu'en fournissant la preuve qu'ils ont versé dans la caisse sociale le montant de leur commandite. »

(1) Dalloz, XXXIII, 2, 244; Sirey, XXXIII, 2, 510.

(2) Sirey, XXXIII, 2, 303; Dalloz, XXXIII, 2, 119.

(3) Clariond, t. IV, p. 115.

(4) Clariond, t. I, p. 233; Cresp, p. 62 et 63.

Add. *Jurisprudence.* — Les jugements et autres titres exécutoires contre une société en commandite, ne peuvent être mis à exécution sur les biens de l'associé commanditaire qui a mis dans la société les fonds qu'il s'était obligé d'y mettre (25 mars 1826, Bruxelles; Jurispr. de la cour, 1826, 1er vol., p. 357).

(5) P. 70.

(6) P. 72, 73.

(7) Pothier, *Mandat*, no 10.

(8) *Suprà*, nos 420, 421, 422; Pardessus, t. IV, no 1030.

(9) Casaregis, disc. 20, no 24.

(10) Art. 91 et 92 du code de commerce.

(11) P. 72.

(12) *Suprà*, no 760.

(13) *Infrà*, no 1120.

commune volonté. Veut-on que ce ne soit pas le mandat dans son exactitude normale? Mais c'est du moins un droit de gestion, un droit d'administration de la chose d'autrui, d'où résulte un pouvoir régulier d'agir au nom de la société. Qu'on l'appelle comme on voudra, il n'importe; l'art. 1864 trouve ici toutes ses conditions.

838. Je dis qu'il agit pour la société et la représente. Cresp trouve cette idée inexacte; il invoque, pour la repousser, Casaregis et d'autres docteurs éminents de l'école italienne (1). Mais, à ces autorités que je respecte, je n'oppose qu'un seul mot : c'est qu'elles s'occupent exclusivement de la commandite anonyme, rayée par le code de commerce de nos lois et de nos usages; c'est qu'elles n'ont sous les yeux qu'un commandité paraissant en son propre et privé nom, tandis que le commandité doit se revêtir chez nous du nom de la société. Or, la différence de ces deux combinaisons est énorme. Ne dites plus, en effet, avec Casaregis, Jorio, et la rote romaine, que le commandité ne représente que lui-même; car, puisqu'il parle au nom de la société, et qu'apparemment il n'est pas à lui seul toute la société, il y a donc dans son rôle quelque chose de représentatif. Ne dites pas non plus, dans le même sens que Casaregis, Jorio et la rote, qu'il est maître de toute l'affaire; car ces autorités voulaient dire par là que tout devait se faire en son propre et privé nom; aujourd'hui, au contraire, tout doit se faire sous un nom social. Elles voulaient dire que dans la commandite, comme dans la participation, la substance de l'affaire était dans le gérant; au contraire, aujourd'hui elle est dans le corps moral que forme la commandite, et que ne forme pas la participation. Elles voulaient dire enfin que le commanditaire tenait du rôle du créancier autant que du vrai associé; et aujourd'hui il est un associé véritable et nullement un créancier.

Sans doute, le commandité est encore maître de toute l'affaire pour gérer et administrer. Mais, en dehors de là, il est si peu maître de l'affaire, que le pacte social l'oblige à faire savoir à tous que l'affaire appartient à une société!

Du reste, on voit par tout ceci combien il était nécessaire de signaler les progrès de la commandite depuis le XVIIe siècle. En se soumettant trop docilement aux guides antérieurs à cette époque, on risque de se briser contre des écueils, au lieu d'arriver au port (2).

839. Quant à l'argument que Cresp tire de la comparaison du gérant avec le commissionnaire qui agit en son nom, je n'en suis pas touché. Celui qui met à côté de son nom, *et compagnie*, n'agit pas en son seul et privé nom; il agit tant en son nom qu'au nom d'autrui. Il s'annonce comme instituteur d'une société. Donc les créanciers avec lesquels il a traité sont créanciers, non pas de lui seul, mais de la société. Donc ils ont une action directe, non contre lui seul, mais aussi contre la société. Car il n'y a pas de milieu entre la qualité de débiteur et l'assujettissement à l'action directe. Et puisque j'ai parlé d'instituteur, je terminerai par l'argument que me fournit le droit romain, qui voulait que l'action institoire du créancier contre le débiteur, mis en jeu par le fait de l'instituteur, fût une action directe. On revient donc toujours au principe de l'art. 1864.

840. Or, qu'y a-t-il dans cette société ainsi constituée débitrice? Deux éléments inégaux : l'un, dont la fonction est d'exposer son crédit tout entier et de se soumettre à une responsabilité personnelle indéfinie; cet élément se personnifie dans le gérant. L'autre, dont le privilége est de rester retranché derrière son capital pour montrer que sa responsabilité s'arrête à sa mise. Il se personnifie dans les commanditaires. Sans doute, ces commanditaires ne sont tenus qu'à cause de leur mise; ils échappent à l'action aussitôt qu'ils la délaissent ou prouvent l'avoir effectuée; ce qui fait qu'ils sont plus réellement que personnellement engagés. Mais l'action n'est pas moins directe. Les actions réelles (je les cite seulement par forme d'exemple) ne sont-elles pas directes?

841. Nous accorderons cependant que, tant que la société sera debout, on doit s'adresser au gérant seul, lequel représente la société et la résume dans sa personne. A quoi bon, d'ailleurs, s'adresser aux autres? Où serait l'intérêt? Quand une société fonctionne par son représentant, est-ce qu'il est besoin de mettre en cause les associés bien et dûment représentés? Mais si la société est dissoute par la faillite, c'est-à-dire par un événement qui anéantit et la gérance et son crédit; si la personne civile est détruite avec son représentant légal, il faudra bien permettre de rechercher sous ses ruines les éléments désunis qui la composaient; et rien ne s'opposera à ce que les créanciers remontent jusqu'aux maîtres de ces mises, tombées du patrimoine d'une société dissoute, dans la main des individus, jadis associés, qui ont pris sa place.

842. S'il en était autrement, que de fraudes, ou tout au moins que de dangers, viendraient s'interposer entre les créanciers et leurs débiteurs aux abois! Ceux-ci, achetant par des sacrifices la complaisance du gérant, prendraient avec lui des arrangements simulés, et se feraient donner des quittances de complaisance.

Ou bien, des novations hasardées leur feraient obtenir leur sortie de la société et leur affranchissement des obligations souscrites (3); ou bien encore, sous prétexte de répartition de bénéfices, le gérant ferait aux actionnaires des distributions qui diminueraient le capital social (4). Par des compensations entre le gérant et eux, ils feraient disparaître les derniers débris d'un gage qui appartient aux créanciers! ce dernier point est de nature à faire une forte impression. Les défenseurs de l'opinion contraire n'ont pas essayé d'y répondre. Il est évident que si le commanditaire n'est débiteur de sa mise qu'envers le gérant, il pourra compenser avec ce dernier ce que celui-ci lui doit; et, dès lors, que deviendra le capital social

---

(1) CASAREGIS : « Jus formale ipsius negotii residet penes « accomandatarium (le commandité) qui habet totale exercitium « et administrationem, et *proprio nomine contrahit et distrahit*, « et accomendans habet tantum interesse per participationem « pro rata capitalis immissi, non verò per proprietatem in jure « formali ipsius negotii; ita ut dici nequeat, quod *vel ex mandato expresso vel tacito accomandantium*, contrahentes « cum negotio sequantur fidem et personam dictorum accomandantium. » (Disc. 29, n° 24.)

JORIO : « Non si può dire che i contraenti sieguano la fede del « accommandante, *in virtù di un mandato espresso, o tacito*. » Giurisp. del commercio, part. I, lib. IV, t. XXIII.

Rote romaine, décis. 221, n° 9 : « Accomanditæ natura et indoles « est ut quis certam pecuniæ quantitatem in negotio implicandam « tradat personæ tertiæ quæ totius negotii domina efficitur, illudque « sub propria vel alterius nomine exerceat, non autem sub nomine accomandantis, *qui nullam quoad contrahentes repræsententiam gerit*, sed remanet solum creditor capitalis immissi, « et habere dicitur interesse per participationem. »

(2) *Suprà*, n°s 381 et suiv.

(3) *Suprà*, n° 175.

(4) *Suprà*, n° 190.

promis aux créanciers? Où sera cette garantie dont parlait Begouen (1), et qu'il signalait comme la chose importante pour le public? Est-ce qu'elle serait sérieuse, cette garantie, sans le secours de l'action directe, seule éversive des fraudes et des compensations?

843. Deux objections cependant doivent nous arrêter.

La première nous dit : La preuve que la personne des commanditaires doit rester en dehors de tout débat, c'est que l'art. 43 du code de commerce dispense de faire connaître au public le nom des commanditaires. Pourquoi ce silence? N'est-ce pas pour soustraire les commanditaires aux recherches des créanciers? N'est-ce pas pour donner à ces personnes, qui répugnent aux embarras, la certitude qu'elles ne seront pas inquiétées? D'ailleurs, la jurisprudence a généralement admis aujourd'hui les actions au porteur dans la commandite. N'est-ce pas une démonstration que les porteurs de ces actions sont affranchis dans leurs personnes de tout recours, de toutes recherches?

Je réponds :

Quand les créanciers ont traité avec une société en commandite dont les actions sont au porteur, ils ont su ce à quoi ils s'engageaient. Une position difficile leur a été faite *ab initio* : ils l'ont acceptée volontairement. C'est tant pis pour eux s'ils y trouvent des embarras. Ils subissent la loi qu'ils se sont faite. Ne nous préoccupons donc pas de ce cas exceptionnel.

Mais lorsque cette circonstance aggravante n'existe pas, quel est l'effet de la prétérition du nom des commanditaires dans l'enregistrement de la société? C'est de les soustraire à une action directe indéfinie; c'est de limiter leur responsabilité à leur mise; c'est de séparer leur cause de celle des gérants, et de montrer la différence qu'il y a entre les commanditaires qui n'engagent qu'un capital limité, et les gérants qui exposent tout leur patrimoine et tout leur crédit.

La loi, par des scrupules faciles à concevoir, n'oblige pas les commanditaires à se nommer. A quoi bon, en effet, tant que dure la société, tant que son état est prospère et qu'elle tient ses engagements? Mais défend-elle aux créanciers de s'enquérir de leurs noms s'ils y ont intérêt? Voilà ce qu'il faudrait établir et ce qu'on n'établira pas.

Il est évident, en effet, qu'une loi, qui oblige le gérant à signer d'une signature sociale, veut qu'on sache qu'il y a des associés; et comme elle exige, d'autre part, la publication des capitaux dont le gérant est commandité, il n'est pas moins évident qu'elle entend faire connaître par là que ces capitaux ont pour maîtres ces associés eux-mêmes. Or, toute société en commandite devant être rédigée par écrit public ou privé (art. 39 du code de commerce), il suit que les noms des commanditaires, supprimés dans l'enregistrement par des raisons de convenance, figurent tout au long dans le contrat de société que chaque créancier est autorisé à se faire montrer par le gérant quand il pactise avec lui. Il ne faut donc pas dire si absolument, que les capitaux d'une société en commandite sont sans noms. Je veux bien cependant que ces noms soient inutiles dans des cas très-nombreux. Voilà pourquoi l'enregistrement les tait. Mais s'il se présente une circonstance où il y a intérêt à les connaître, les choses sont organisées de manière à ce que le voile soit levé. Telle est la conciliation que fait le code, de certaines susceptibilités légitimes, avec les intérêts du commerce. Mystère habituel, en général; mais aussi révélation dans un jour de crise où la bonne foi en fait un devoir.

Voyez d'ailleurs l'inconséquence. On veut bien que les créanciers puissent dépister et signaler les noms des commanditaires pour exercer contre eux les actions du gérant; on permet alors de troubler le repos de ces pères de famille, de ces fonctionnaires, qui fuient le bruit et les inquiétudes; mais on évoque toutes sortes de terreurs, on oppose toutes sortes d'impossibilités pour agir *rectâ viâ*, pour exercer, dans des cas rares, l'action directe; l'action directe, dis-je, qu'il sera toujours si facile à la bonne foi de faire tomber, en prouvant qu'on a loyalement versé ce qu'on avait promis.

844. La seconde objection qui doit nous arrêter est prise des textes.

L'art. 23 du code de commerce, dit-on, déclare les commanditaires simples bailleurs de fonds (2).

L'article 25 met leur nom hors de la raison sociale.

L'art. 26 réduit leurs obligations à être *passibles des pertes* jusqu'à concurrence de leur mise. Or, une action à *raison des pertes* ne peut être qu'une action d'*associé à associé* (3).

Reprenons :

Les commanditaires sont simples bailleurs de fonds! Oui, en ce sens qu'ils ne peuvent ni administrer ni agir. Mais ne sont-ils pas aussi *associés?* Ne sont-ils pas copropriétaires du fonds social? Ne perçoivent-ils pas des bénéfices et non des intérêts?

Leur nom est hors de la raison sociale. Oui, sans doute, et voilà pourquoi ils ne sont tenus que de leur mise; autrement, ils seraient tenus indéfiniment.

L'art. 26 les déclare passibles des pertes, ce qui indique une action d'associé à associé. J'accorde làdessus tout ce qu'on voudra, car je n'aime pas à subtiliser sur les mots; mais ce que je désire, c'est qu'on ne sépare pas l'art. 26 du code de commerce de l'article 1864 du code civil. Or, ce dernier article contient des principes élémentaires et généraux, dont l'art. 26 n'est pas le renversement.

Si l'art. 26 règle les rapports d'associé à associé, l'article 1864 règle les rapports des associés avec les tiers. Seulement, au lieu de se référer, pour la quotité de l'obligation, au seul article 1863, il faut lier l'article 1863 avec l'art. 26, qui équivaut à la déclaration précise, exigée par le dernier membre de ce même art. 1863.

845. Terminons par une réflexion.

On argumente trop, sur notre question, des autorités et des idées qui se rencontrent dans l'ancienne jurisprudence. Pour éviter les quiproquo, persuadons-nous que le code de commerce, en organisant la commandite, a tout à la fois abandonné certains errements de la commandite italienne, et transformé la commandite française de Savary et de Pothier; qu'il a voulu que la société en commandite fût non pas anonyme, comme jadis, mais un corps moral vivant d'une existence publique; que l'addition d'une signature sociale, réprouvée par Casaregis et autres, est un fait d'une haute importance, qui modifie tous les rapports que ces auteurs avaient déterminés; et qu'en adoptant cette signature, le code de commerce a voulu autoriser, dans une certaine mesure, l'action directe, dont nous trouvons des exemples dans des sociétés en commandite plus anciennes, auxquelles Regnaud de Saint-Jean-d'Angely faisait allusion quand il disait que *le commanditaire répond directement.*

(1) *Suprà*, nº 399.
(2) Casr, p. 81.

(3) Casr, p. 77.

Cette proposition, qu'on a taxée d'erreur, est fondée sur les faits les plus authentiques. A-t-elle été contredite au conseil d'État? Quoi qu'en dise Crosp, elle ne l'a pas été (1) : au contraire, elle a été confirmée par Merlin, dont l'opinion est expressément recueillie dans les procès-verbaux du conseil (2). On sait d'ailleurs la doctrine qu'il avait professée dans ses conclusions du 28 germinal an XII (3)! J'ajoute qu'elle a trouvé sa sanction dans le langage de Begouen; car ce membre expérimenté du conseil d'État n'a pu dire que la déclaration des capitaux *forme la garantie du public*, qu'en sous-entendant que les capitaux sont engagés au public par un lien direct, de nature à empêcher de les faire disparaître par des fraudes ou des compensations. Peut-on comprendre, d'ailleurs, une garantie sans un garant débiteur direct, et sans un garanti créancier direct? Qu'on relise cette discussion, on verra qu'elle est un effort continuel pour combattre Merlin qui essayait de ramener la commandite moderne à la commandite anonyme des premiers siècles, pour l'élever, à l'égard des tiers, à la hauteur d'une véritable et forte société, pour la lier avec le public par des attaches directes et vigoureuses.

846. Mais le commanditaire sera-t-il tenu jusqu'à concurrence seulement de sa mise, ou bien exigera-t-on encore de lui le rapport des bénéfices qu'il a perçus sans fraude.

Straccha (4) faisait là-dessus ce bref et rigoureux argument : les bénéfices sont un accessoire du capital, et il est de principe que l'accessoire suit la condition du principal. Or, le capital d'une société ne peut être diminué pendant tout le temps de sa durée : donc les bénéfices doivent rester intacts jusqu'à la dissolution (5). Mais, avant Straccha, Bartole avait trouvé cette idée fort problématique (6). Elle l'est en effet; ou, pour mieux dire, elle doit être condamnée.

Lors de la discussion de l'art. 26 du code de commerce, un membre proposa de consacrer l'obligation de rapporter les bénéfices : cette proposition fut rejetée. On se fonda sur l'usage du commerce, sur la nature du droit du commanditaire, qui est de ne pouvoir perdre plus que sa mise; sur la nécessité de ne pas décourager les bailleurs de fonds pour lesquels l'obligation de rapporter les dividendes, qui ont servi à leurs dépenses journalières et à leurs besoins, serait un sujet d'effroi (7).

L'art. 26, en effet, est rédigé de manière à ne pas laisser le plus léger doute; il limite la responsabilité du commanditaire *au fonds* qu'il a mis dans la société. L'art. 8 du tit. IV de l'ordonnance de 1673 avait moins de précision; il disait que le commanditaire serait obligé jusqu'à concurrence de sa part, et l'on argumentait de ce mot (*part*) pour prétendre que la part du commanditaire se compose du fonds et des profits, de la mise et des bénéfices; qu'ainsi il doit rapporter le fonds et les bénéfices. A mon avis, c'était outrer le sens des mots, et s'éloigner des usages du commerce. Savary, dans ses formules, a soin de stipuler que chaque six mois, ou chaque année, les commanditaires auront une certaine somme sur les profits (8); et, comme le remarque Frémery, qui a parfaitement traité cette question (9), Savary indique

---

(1) P. 93.

(2) **Locré**, t. XVII, p. 185. « Merlin, dit-il, admet ces définitions. »

(3) *Quest. de droit*, v° *Société*.

(4) Et après lui Felicius, cap. XV, n° 13. Voy. *suprà*, n° 626.

(5) Si coita sit societas inter plures ad certum tempus, quemadmodum sors ipsa, nisi finità societate, invitis sociis, diminui non potest, ità pecunia quæ sorti accrevit, hoc est lucrum ipsum. Idem enim juris in eo quod accrevit, quod et in sorte est (*De contract. mercat.*, n° 16). Que veut-il dire par ces mots : *invitis sociis*? Ils jettent beaucoup de louche sur sa pensée.

(6) Sur la loi 2, C. *de frumento urbis const.*

« Si inter plures socios erat contracta societas, ad certum tempus, sicut non debet minui capitale missum in societate, *ità nec de lucro*; QUOD TAMEN NITTO SUB DUBIO FORVI. »

(7) **Locré**, *Esprit du code de commerce*, t. I, p. 143.

(8) T. I, p. 393, art. 13; p. 306, art. 22.

(9) P. 53.

Add. Où **Frémery** dit : « Supposez que, sur les livres d'une société en commandite, le compte du capital du commanditaire soit crédité de sa mise, effectuée et montant à dix mille francs.

« Quelque temps après, un inventaire, régulièrement dressé, présente une part de bénéfices réalisés qui s'élève, pour le commanditaire, à deux mille francs.

« Le commanditaire en est crédité, et ce crédit est porté soit à son compte de capital, soit à un compte de bénéfices distinct du compte de capital.

« Alors le commanditaire retire ces deux mille francs de la caisse sociale, et son compte en est débité, en sorte qu'il ne reste plus à son crédit qu'une somme de dix mille francs.

« Si, plus tard, la société éprouve des pertes, que son passif excède son actif, et qu'elle tombe en faillite, les créanciers de la société pourront-ils exiger que le commanditaire rapporte dans la masse les deux mille francs qu'il a retirés?

« Oui, si cette somme appartenait à l'actif social; non, si elle appartenait à l'associé commanditaire.

« Oui, si c'est un emprunt qu'il a fait à la société; non, si c'est une dette dont la société était tenue envers lui et qu'elle lui a payée.

« Les commentateurs du Digeste ont établi comme règle de droit civil que les bénéfices n'étaient qu'un accessoire du capital, et qu'ils étaient conséquemment de la même nature, car l'accessoire est de même nature que le principal.

« Sous l'influence de cette doctrine, le jurisconsulte Straccha (*De contract. mercat.*, n° 16, p. 383), au XVI[e] siècle, déclare, sans hésitation ni discussion, que le commanditaire est tenu de laisser dans la société tous les bénéfices comme accessoire de son capital.

« Sans doute il faut attribuer à la même cause la disposition du statut des marchands de Sienne, qui déclare que l'associé qui voudra n'être tenu que *de son capital* ET DES PROFITS ACQUIS, doit le déclarer au notaire (*a*).

« Mais il ne paraît pas que cette règle ait jamais été suivie par la coutume commerciale, quoiqu'elle n'offre point de monuments qui attestent une décision contraire.

« Savary, dans les formules qu'il propose pour des actes de société en commandite, insère un article où les associés conviennent que chacun d'eux aura le droit de prendre annuellement une certaine somme sur les bénéfices sociaux, si aucuns il y a; ce qui indique bien que, dans son opinion et suivant l'usage de son temps, le commanditaire pouvait retirer ses bénéfices sans crainte d'être obligé à les rapporter; et que si l'acte de société apportait quelque restriction à ce droit, c'était pour faciliter l'administration sociale, et non dans l'intérêt des créanciers de la société.

« Il y a lieu de croire que telle a toujours été la coutume du commerce. Comment supposer que les commanditaires n'ont pas retiré chaque année, du moins pour leurs dépenses, une partie des bénéfices produits par les opérations sociales? Or s'ils avaient pu être contraints à les rapporter à la masse en cas de faillite, n'en trouverait-on pas des traces dans les décisions des juridictions consulaires?

« Dans la discussion de l'art. 26 du code de commerce, une voix s'éleva pour contester au commanditaire le droit de retirer ses bénéfices, et pour proposer de déclarer qu'il *contribuerait aux pertes dans la proportion des bénéfices acquis*; on allégua l'usage contraire, et la proposition, d'ailleurs fort peu claire, n'eut point de suite.

« La jurisprudence est restée incertaine; néanmoins, depuis le

(*a*) *Statuti della mercantia di Siena*, chap. CXLIII. C'est le notaire de l'officier du commerce à qui la déclaration de la société doit être faite dans le mois, ch. CXLII.

bien par là que la coutume commerciale était de retirer les bénéfices sans crainte de les rapporter, et que si l'acte social apportait quelque restriction à ce droit, c'était pour faciliter l'administration sociale, et non par crainte des créanciers de la société.

Disons, au surplus, qu'un arrêt de la cour de cassation, du 14 février 1810, a cassé un arrêt de la cour de Rouen qui avait décidé que le commanditaire rapporterait les bénéfices passés (1). Il est vrai que, sur le renvoi de l'affaire à la cour royale de Paris, cette cour donna la préférence à l'opinion de la cour de Rouen (2). Mais quelque spécieux que soient ses dogmatiques et longs motifs, ils ne sauraient triompher. Je ne doute pas qu'ils eussent été frappés de cassation, si des déclarations en fait n'avaient rendu le pourvoi impossible. Le texte de l'art. 26 du code de commerce est précis et topique; il prévient toute ambiguïté. Ce qui doit rester intact dans la commandite, c'est le capital, parce que là est le gage inaltérable des créanciers. Mais les bénéfices périodiques sont faits pour être distribués et consommés; telle est leur destination, à moins que l'acte de société n'en dispose autrement; et les créanciers n'ont pas dû s'attendre à les trouver capitalisés pour augmenter le fonds social (3). Qu'ils se plaignent de fraudes dans la répartition; qu'ils accusent les calculs de mauvaise foi ou

---

code de commerce, la cour de cassation a jugé que le commanditaire, n'étant tenu que de sa mise, pouvait retirer sa part dans les bénéfices réalisés; mais, dans la même affaire, la cour royale de Paris a déclaré qu'il n'y avait de bénéfices réels qu'au moment de la dissolution de la société.

« Il semble cependant que l'usage indiqué par Savary, et attesté par la discussion du conseil d'État, est tout à fait conforme au droit.

« Le commanditaire, en effet, n'est associé que dans la limite de sa mise; cette quantité représente donc sa personne; c'est cette part qui doit les dettes, ce n'est pas lui. Hors cette mise, il n'est plus associé; donc, tout ce qui, dans la société, n'est pas sa mise, et cependant lui appartient, est une dette de la société envers lui. Conséquemment, quand les bénéfices réalisés excèdent sa mise, il est créancier de cet excédant; non-seulement il peut le retirer, mais, s'il le laisse dans la société, c'est un prêt qu'il lui fait et pour lequel il peut stipuler des intérêts. »

(1) DALLOZ, *Société*, p. 137; SIREY, XIV, 1, 105.

(2) 12 février 1811; DALLOZ, *loc. cit.*; SIREY, XII, 2, 25.

(3) *Junge* MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 257.

Add. Où ils disent, après avoir invoqué l'avis du conseil d'État : « Mais comme il n'y a jamais de bénéfices que lorsque les pertes ont été déduites, il est constant que toute répartition faite entre les commanditaires avant que le capital social, entamé par des pertes antérieures, eût été réintégré, serait frauduleuse et sujette à être rapportée. Nous pensons donc avec Pardessus, que c'est d'après les circonstances, les clauses rendues publiques, la bonne foi des opérations, bien plus que par une règle absolue, que les tribunaux devront se décider dans une question aussi délicate; mais qu'il serait difficile, dans l'état actuel de la jurisprudence, d'obliger des commanditaires qui auraient reçu leur part dans des dividendes antérieurs, réellement acquis, au rapport des sommes qu'ils auraient reçues de bonne foi. »

PERSIL fils (sur l'art. 26) tient pour l'arrêt de la cour de Paris, n° 3, p. 103.

Add. Voici son opinion : « Cet arrêt, dit-il, comporte toutes les raisons que l'on peut donner pour le système du rapport des bénéfices. Ce système est le plus vrai, le plus conforme à l'esprit du législateur et à la justice. Je crois que l'opinion contraire viole le texte précis de la loi. Que dit l'art. 26? Il ne condamne le commanditaire que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre. Eh bien! si on l'exempte du rapport des bénéfices prélevés, bien souvent il ne sera pas tenu jusqu'à concurrence de sa mise. En effet, je suppose que pendant six ans la société bénéficie considérablement, que tous les ans les associés s'enrichissent par le prélèvement de riches capitaux, mais que la septième année la société éprouve des revers supérieurs à tous ses succès passés, tels enfin qu'elle tombe en faillite. Les commanditaires qui n'ont mis que 10,000 fr. chacun dans le fonds social, ont retiré par les prélèvements annuels 50,000 fr. de bénéfice; d'après l'arrêt de la cour de cassation, ils ne perdront, après la faillite de la société, que les 10,000 fr. qu'ils ont apportés. Mais en ce cas, ils ne sont pas tenus des pertes jusqu'à concurrence de leurs mises; car ils ont retiré leurs mises depuis longtemps par les énormes bénéfices qu'ils ont faits. L'art. 26 se trouve évidemment violé, puisque les commanditaires ne contribuent pas aux pertes. Mais, me dira-t-on, il y a erreur dans votre calcul, les commanditaires sont passibles des pertes, ainsi que le veut le législateur dans l'art. 26, puisqu'ils ne peuvent retirer les fonds qu'ils ont mis! Misérable subtilité, indigne de la haute justice du législateur! Ils ne retirent pas à mesure, il est vrai, les fonds qu'ils ont mis; mais n'ont-ils pas retiré depuis longtemps des valeurs bien supérieures? Ils gagnent... leur gain est proscrit par la loi quand la société est en faillite... Quel a été le but du législateur en portant les dispositions de l'article 26? Je confesse que, pour favoriser les commanditaires dans l'intérêt du commerce, il a borné leurs chances de pertes; mais il n'a pas voulu qu'ils fussent passibles d'aucune perte, puisque, au contraire, il a eu soin d'indiquer clairement les charges qu'ils devaient supporter. Comme les associés en nom collectif, les commanditaires courent des chances de gain ou de perte. Si la société est ruinée, ils doivent perdre comme les commandités. La seule différence qui existe entre les complimentaires et les commanditaires, c'est que les uns sont solidaires pour tous les engagements de la société, tandis que les autres ne perdent que jusqu'à concurrence de leur mise. Eh bien! si, dans l'espèce proposée, on décide que les commanditaires ne sont pas tenus au rapport des bénéfices prélevés par anticipation, on décide, ainsi que je l'ai démontré, contrairement à la loi, qu'ils n'ont aucune part dans les bénéfices. Il y a erreur manifeste dans l'arrêt de la cour de cassation, il y a violation de la lettre et de l'esprit de la loi. Le système des cours de Paris et de Rouen est plus rationnel, plus légal, plus juste : aussi nous empressons-nous de l'adopter.

« L'avis de Pardessus est encore préférable à celui de Delvincourt et de Locré. On y voit au moins cet esprit de justice qui doit toujours guider le juge qui applique la loi. (L'arrêt de la cour de cassation se trouve dans Sirey, t. XIV, 1, p. 105; celui de la cour de Paris se trouve dans le même arrêtiste, t. XII, 2, p. 25. Ce savant auteur proscrit la mauvaise foi des associés, le dol dont ils pourraient user envers les créanciers, puisqu'il veut qu'on décide la question d'après les circonstances et la bonne foi des parties.) »

PARDESSUS dit que tout dépend des circonstances, tome IV, n° 1035, et DUVERGIER, n° 398, veut qu'on ne rapporte que les bénéfices distribués depuis la dette.

Add. Voici son opinion : « L'arrêt de la cour de Paris, rendu sur le renvoi de la cour de cassation, présente, il faut en convenir, l'exposition rigoureuse, mais exacte, des principes. « Tout « associé en commandite, y est-il dit, est obligé au payement des « dettes de la société jusqu'à concurrence de sa part. Le mot « *part* embrasse fonds et profits, mise et bénéfice; participant à « tous les profits, en raison de son intérêt dans la société, le « commanditaire doit en supporter toutes les pertes à proportion; « *on n'estime profit réel de société que ce qui reste de gain,* « *toutes pertes déduites sur tous les profits des diverses affai-* « *res ou opérations de la société*. Dans une société contractée « pour une série d'opérations, les unes heureuses, les autres désa- « vantageuses se compensent mutuellement; et ce n'est qu'en « balançant tous les résultats particuliers de chaque année, que « l'on trouve le résultat unique et véritable de toute la durée de « l'association; *résultat final, qui seul apprend s'il y a effecti-* « *vement bénéfice ou perte*, et d'après lequel le commanditaire « conserve ou rapporte ce qu'il a retiré par anticipation de la « caisse sociale, etc. »

. . . .

« Tous ces principes sont tellement incontestables et inhérents « à l'essence des sociétés qu'ils ne pourraient être méconnus sans

d'erreur; qu'ils prouvent que ce qui a été coloré du nom de bénéfices n'était qu'une soustraction du capital, c'est leur droit; ils seront écoutés. Mais ils échoueront toutes les fois que les livres démontreront que les distributions aux époques convenues ou usuelles n'ont entamé que les bénéfices, c'est-à-dire ce qui reste libre quand les pertes ont été couvertes (1).

847. *Troisième cas.* On a vu, par ce qui précède, quelles sont les obligations des associés quand l'engagement a été contracté par l'un d'entre eux. Il est un troisième cas que nous avons annoncé, c'est celui où les associés ont contracté tous ensemble. Tous, alors, sont obligés. Mais, en thèse ordinaire, point de solidarité : les associés ne sont tenus que pour leur part virile (2) (art. 1864).

En effet, quand les associés agissent tous ensemble, on ne peut pas leur objecter qu'ils sont tous instituteurs les uns des autres. On n'est pas fondé à leur opposer la grande raison de Caius pour empêcher la division de l'action : « Ne in plures adversarios distringatur, « qui cum uno contraxerit (3). » Le créancier a, au contraire, contracté avec plusieurs ; il a dû savoir que chacun n'avait qu'une part dans l'affaire : il n'a pas dû compter sur un recours solidaire.

848. Les Romains appliquaient ces principes aux matières commerciales aussi bien qu'aux matières civiles. Ulpien nous l'apprend d'une manière expresse pour les affaires qui ont, au plus haut degré, le caractère commercial, à savoir, pour les entreprises de navigation maritime ou fluviale. Il n'y avait d'exception qu'à l'égard des argentiers et peut-être des publicains, ainsi que je l'ai dit ci-dessus (4). Pour que des associés, même commerçants, contractant tous ensemble, fussent tenus solidairement, il fallait qu'ils promissent la solidarité (5). Ainsi, en ce qui concerne les effets de l'action des tiers, il y avait à Rome une différence capitale entre le cas où la société avait agi par un instituteur, et celui où tous ses membres avaient agi simultanément. Dans le premier cas, les tiers, comme nous l'avons vu ci-dessus, avaient une action solidaire; dans le second cas, l'action se divisait.

849. Ce résultat a quelque chose de bizarre. Quand on s'interroge dans l'indépendance de sa raison, on est choqué de rencontrer une telle diversité d'effets pour deux positions qui se tiennent de si près, et qui tendent au même but. Aussi la coutume générale des peuples commerçants modernes déroge-t-elle à ce droit. On tint pour constant que tout associé commerçant, qui avait donné son nom avec ses consorts, était tenu solidairement (6), tout aussi bien que si un instituteur l'avait représenté. « C'est un usage invétéré dans cette cité de Gênes, disait l'arrêtiste de « la rote (*consuetudine* INVETERATA *receptum est*), « que quand deux ou plusieurs marchands donnent « ensemble leur nom, ils s'obligent solidairement. » La rote a rendu là-dessus plusieurs décisions (7).

D'où vient cette coutume? Quelle en est la racine?

850. Frémery a fait là-dessus une savante dissertation (8). Ses raisons et ses conclusions ont été adop-

---

« l'empire du code de commerce actuel, qui s'est servi du mot « *mise* au lieu du mot *part*, employé par l'ordonnance de 1673. « Ces deux lois, s'accordant sur l'objet principal, ont également « voulu que la mise tout entière ne cessât pas d'être le gage des « créanciers ; mais cette volonté serait évidemment enfreinte, si « l'on adoptait le système des prélèvements sans rapport en cas « de déficit. »

« Ces idées sont précisément celles que j'ai développées précédemment, lorsque j'ai eu à indiquer ce qui, dans une société, doit être considéré comme bénéfice.

« Toutefois, il y a quelque tempérament à apporter aux conséquences qui paraissent résulter de ces prémisses. Il faut, avec Dalloz et Pardessus, admettre l'influence des circonstances. De ces deux jurisconsultes, le dernier seul indique les faits de nature à modifier l'obligation, imposée au commanditaire, de rapporter les bénéfices ; et encore cette indication est-elle un peu vague. Il semble disposé à croire que les bénéfices passés sont réputés consommés, et, par ce motif, dispensés du rapport.

« Cet avis a quelque chose d'équitable qui séduit ; mais l'expression *bénéfices passés* manque de précision ; puis ce sont plutôt des considérations, que des arguments juridiques, qui conduisent à affranchir ainsi du rapport les bénéfices consommés.

« Je crois émettre une opinion plus nette et mieux justifiée, en disant que l'associé commanditaire ne doit pas rapporter les bénéfices qui lui ont été distribués avant le moment où a pris naissance la dette dont le recouvrement est poursuivi contre la société.

« Sans doute, entre les associés, pour savoir s'il y a des bénéfices, il faut embrasser toutes les opérations qui ont eu lieu depuis le jour où a commencé la société jusqu'à celui où elle a fini. Les calculs et les distributions faits à divers intervalles pendant sa durée, ne sont que provisoires et subordonnés au calcul définitif et général.

« Quant aux tiers, la règle n'est pas applicable dans toute sa rigueur. Au moment où ils traitent avec une société, que leur importe son passé ? quel droit ont-ils sur des choses qui sont déjà hors de son domaine, qu'ils n'ont pas vues figurer dans son actif, en considération desquelles ils n'ont point contracté ? On peut dire qu'à leur égard la société n'a commencé à exister, que lorsqu'ils l'ont acceptée pour débitrice.

« Mais aussi toute distribution de bénéfices, faite depuis que la dette a été contractée, doit incontestablement être réputée provisoire et sujette à rapport, relativement au créancier. Par cela seul que la dette subsiste, que le montant de l'actif ne suffit pas pour l'éteindre, il est démontré qu'on s'est trompé en croyant qu'il y avait des bénéfices, en les distribuant. »

DELVINCOURT, *Inst. droit comm.*, se range à l'avis des deux cours royales.

(1) **Add.** Quant à la société anonyme, voyez ci-dessus, n° 458.

(2) ULPIEN, l. 4, D. *de exercit. act.* : « Si tamen, plures navem exerceant, *pro portionibus exercitationis conveniuntur*. Neque enim invicem sui magistri videntur. »

(3) L. 2, D. *de exercit. act.*

(4) *Suprà*, n° 822.

(5) BARTOLE sur la loi 2, n° 3, D. *de duob. reis*; FELICIUS, cap. XXX, n° 34.

(6) Décis. 46 de la rote de Gênes, n° 4, et 97, n° 1.

(7) Décis. 97.

(8) *Études de droit comm.*, ch. III, p. 21.

Add. Voici la dissertation de FRÉMERY : « Plusieurs personnes contractent ensemble envers moi une obligation, par exemple celle de me payer une somme d'argent ou d'accomplir tout autre engagement dont l'exécution n'est point indivisible de sa nature ; d'après la loi qui nous régit, l'obligation se divise en autant de parties qu'il y a de personnes qui ont promis, et ainsi chacune d'elles ne peut être poursuivie que pour sa part.

« En effet, l'article 1202 du code civil porte : « La solidarité ne « se présume point ; il faut qu'elle soit expressément stipulée. »

« Cette disposition de notre code est conforme à la jurisprudence qu'il a trouvée établie.

« Pothier, *Oblig.*, n° 265, dit : « La solidarité peut être stipulée « dans tous les contrats, de quelque espèce qu'ils soient (l. 9, ff. « *de duob. reis*, 45-2) ; mais régulièrement elle doit être exprimée; sinon, lorsque plusieurs ont contracté une obligation en« vers quelqu'un, ils sont présumés ne l'avoir contractée chacun « que pour leur part. C'est ce que décide Papinien, en la « loi 11, § 2, ff. *de duob. reis*, et c'est ce qui a été confirmé par « Justinien, en la novelle 99. »

« Comme on le voit, cette décision est fondée sur l'interpréta-

tion du Digeste ; et tel est encore aujourd'hui le principe admis dans toute l'Europe.

« En droit commercial, le principe est absolument contraire ; si plusieurs personnes contractent envers moi une obligation relative à un acte de commerce, elles sont obligées solidairement.

« Sur ce point, le droit commercial n'a jamais varié. Telle a été la coutume établie par l'accord unanime et tacite de tous les commerçants, et constamment suivie par leur juridiction spéciale ; c'est, conséquemment, l'inspiration naturelle de gens tout à fait étrangers, par leur position, leurs connaissances et leurs habitudes, aux règles du droit civil.

« Ce fait est attesté par tous les jurisconsultes italiens du quatorzième, du quinzième et du seizième siècle. Bartole (il faut avoir un ardent désir de trouver la vérité pour étudier Bartole !) confesse (a) que cette coutume des commerçants est reconnue par plusieurs docteurs ; mais il s'efforce de démontrer que cela serait contraire au Digeste, et il imagine, pour concilier la coutume commerciale et le droit civil, des distinctions que ses annotateurs n'ont point approuvées. Plusieurs décisions de la rote de Gênes et le jurisconsulte Straccha, déclarent expressément que la solidarité de commerçants qui s'obligent ensemble, est le droit consulaire, le droit de la *cour des marchands* (*curiæ mercatorum*) ; que l'origine en est dans la coutume des places de commerce (b). En France, on a toujours jugé que deux marchands non associés, faisant un billet pour marchandises prises en commun, sont obligés solidairement (c).

« Pothier, *Oblig.*, n° 266, dit que « cela a passé en maxime. »

« Cependant le code de commerce n'a point proclamé ce principe ; il s'est borné, art. 22, comme l'édit de 1673, tit. IV, art. 7, à prononcer la solidarité entre associés en nom collectif, quand l'engagement a été pris au nom de la raison sociale, c'est-à-dire qu'il a fait une décision spéciale de ce qui était un principe général. D'après ce texte, et les règles d'interprétation qui soumettent au code civil tout ce qui n'est pas positivement excepté par la loi commerciale, on devrait, sans contredit, refuser une condamnation solidaire contre deux commerçants non associés, qui se sont obligés ensemble, sans stipuler la solidarité.

« Mais la coutume commerciale est si constante, et s'est si bien maintenue en vigueur, que tous les auteurs qui ont écrit sur le code de commerce ont admis que l'obligation souscrite par deux commerçants est de plein droit solidaire, et que les cours royales et la cour de cassation n'hésitent pas à prononcer la condamnation solidairement.

« Ainsi, rien n'est plus constant que ce point de droit commercial, fondé en Italie, adopté par la France et par toutes les nations commerçantes, savoir : la solidarité a lieu de droit en matière commerciale.

« Qui donc a eu raison, ou des commerçants qui ont ainsi interprété une obligation collective, ou des jurisconsultes qui l'auraient interprétée dans un sens opposé ?

« Pour justifier la coutume commerciale, on est frappé d'une raison qui paraît bien décisive : on ne peut pas admettre que deux modes d'obligation tout à fait différents contiennent la même intention et produisent le même résultat. Or, ce mode d'obligation : « *Je promets de payer cinquante à Félix* ; signé PAUL ; » et : « *Je promets de payer cinquante à Félix* ; signé LOUIS, » est bien différent de celui-ci : « *Nous promettons de payer cent à Félix* ; signé PAUL ; signé LOUIS. » En analysant rigoureusement cette dernière locution, certes on y trouvera que Paul promet et que Louis promet ; et que, de plus, l'objet de sa promesse est cent. Or, ces éléments constituent bien l'obligation solidaire de payer cent à Félix.

« Les jurisconsultes se seraient-ils donc trompés ? C'est ce qu'il faut rechercher ; mais, avant tout, l'exactitude commande de constater si les jurisconsultes romains, dont les fragments sont conservés au Digeste, ont effectivement professé la doctrine que les commentateurs leur ont attribuée.

« Pour y parvenir, il faut se rappeler qu'à Rome la *stipulation* est un contrat solennel, c'est-à-dire assujetti à certaines formes, à peine de nullité. Ces formes très-simples sont : une interrogation de la part de celui qui stipule, et une réponse *conforme* de la part de celui qui s'oblige, le tout dans les termes prescrits pour exprimer une obligation ; elles datent des premiers temps du droit romain, et offrent un exemple intéressant de la nécessité où l'on se trouvait de déterminer les paroles auxquelles la loi reconnaîtrait l'intention de former une obligation, à une époque où l'écriture n'était point en usage.

« Pendant que cette coutume fut en vigueur, et que l'interrogation, appelant une réponse conforme, fut la base de la stipulation, les jurisconsultes décidèrent, par une déduction parfaitement exacte des termes et de la forme du contrat, que celui qui n'avait fait qu'une seule interrogation, comprenant la somme de cent, ne pouvait avoir qu'une seule action pour cette même somme de cent ; par exemple : « *Titius et Mævius, promettez-vous de me payer cent ? — Nous le promettons.* » La stipulation ainsi formée ne peut engendrer qu'une seule action pour réclamer cent ; l'action intentée épuisera la stipulation ; conséquemment, il faudra décider que l'obligation et l'action qu'elle produit se divisent entre les deux promettants.

« Si l'on veut que Titius et Mævius soient solidairement obligés, il faut qu'ils soient interrogés distinctement ; et, en effet, disent les Institutes de Justinien, *duo rei promittendi ita fiunt* : MÆVI, QUINQUE AUREOS DARE SPONDES ? SEI, EOSDEM QUINQUE AUREOS DARE SPONDES ? *Si respondent singuli separatim* SPONDEO (lib. III, tit. XVI).

« A défaut de cette double interrogation, il n'existait que l'élément d'une seule action ; et, cela posé, c'était une conclusion nécessaire que cette action devait se diviser entre les deux personnes qui étaient comprises dans l'obligation.

« Mais l'usage de l'écriture s'introduisit ; et, au lieu de recourir à des témoins pour déposer de l'existence et de la régularité du contrat, on préféra le constater par un acte écrit (*instrumentum, tabulæ*), qui dut relater fidèlement les paroles de l'interrogation et de la réponse.

« Peu à peu on se borna à y énoncer que les paroles de la stipulation avaient été exactement prononcées ; et l'on conçoit que, dès lors qu'on avait un moyen de preuve aussi convaincant que l'acte écrit, la prononciation de paroles solennelles n'était plus qu'une vieille coutume dont l'utilité ne subsistait plus. En effet, on se relâcha de l'ancienne rigueur, et à l'époque des grands jurisconsultes, c'est-à-dire au second et au troisième siècle, on examinée, non pas si l'acte écrit reproduit textuellement les paroles solennelles, mais seulement s'il atteste suffisamment qu'il y a eu stipulation : *si scriptum in instrumento fuerit* PROMISISSE *aliquem, perinde habetur atque si interrogatione præcedente responsum sit* (Paul, V, sent. 7, 2) ; quant à la solidarité, il suffit que l'acte énonce que la stipulation a été faite *de manière* que chacun des promettants fût obligé *in solidum* ; enfin, en 469, l'empereur Léon proclama l'inutilité de s'attacher désormais à la solennité de la forme des paroles (lib. X. cap. VIII-XXXVIII).

« La vieille coutume était donc totalement éteinte ; ainsi les décisions qui ne reconnaissaient la solidarité qu'au moyen d'une double interrogation, et, plus tard, au moyen d'un acte qui déclarât au moins que la stipulation avait été faite *de manière* qu'il y eût obligation solidaire, n'avaient plus de base ni d'intérêt, du moment que cette double interrogation n'était plus nécessaire.

« Mais un usage de sept ou huit siècles laisse encore des traces longtemps après qu'il est détruit. Ces décisions ont été conservées et promulguées avec le Digeste ; et Justinien, dans une constitution postérieure, déclare « que l'obligation se divise entre les fidéjus- « seurs, quand le créancier n'a pas exprimé qu'ils seraient tenus « solidairement. » (Nov. 99.)

« On voit à présent par quelle filière a passé la disposition de l'art. 1202 du code civil : « La solidarité ne se présume point ; il « faut qu'elle soit expressément *stipulée*. »

« Cela était vrai de la *stipulation* romaine à la seconde période, c'est-à-dire à l'époque où la *stipulation* était en général constatée

(a) Ad l. 9, ff. *de duob. reis*, quæst. 7, n° 9.

(b) Straccha, *de mercaturâ*, passim ; rote de Gênes, décis. 30, n° 5, et 46, n° 5 ; procedit potiùs ex consuetudine mercatoriâ quàm de jure ; sed est notoria, et non debet probari.

(c) Arrêt du parlement de Toulouse, 17 juin 1662 ; *Journal du Palais*, t. II, p. 45, confirmatif de la sentence de la bourse ; Bornier, t. II, p. 471 ; hoc ità in curiâ mercatorum.

tées par Delamarre et Lepoitevin (1). En voici le résumé :

Tant que l'usage de contracter par stipulation fut en vigueur, les termes et la forme du contrat durent nécessairement conduire à la division de l'action. En effet, je fais à Titius et à Mœvius la question suivante : *Promettez-vous de me payer 100 livres?* Ils me répondent : *Nous le promettons.* Evidemment, je ne puis avoir qu'une seule action pour obtenir 100 livres, et je ne pourrai l'intenter que contre les deux qui se sont obligés. Or, elle se divisera nécessairement entre les deux promettants.

Si je veux que Titius et Mœvius soient obligés solidairement, il faut que je les interroge ainsi, par une double interrogation : « Titius, me promettez-vous 100 livres? Et vous Mœvius, me promettez-vous les mêmes 100 livres? — Je promets. — Je promets (2). »

Peu à peu l'usage de l'écriture s'introduisit; on aima mieux constater les conventions par écrit, que de recourir à la mémoire des témoins pour s'assurer de ce qui avait été fait et dit. Les paroles sacramentelles tombèrent en désuétude; la double interrogation devint inutile (3).

Mais ce que les jurisconsultes romains avaient décidé logiquement, peut-être, pour le cas spécial d'une stipulation, l'auraient-ils décidé également pour le cas d'obligations collectives contractées en dehors de la stipulation? Non. Papinien (4) et Marcellus (5) ont écrit qu'avant tout il fallait rechercher l'intention des parties; et, suivant Papinien, ces mots, *Titius et Mœvius decem dato*, expriment l'intention d'obliger solidairement Titius et Mœvius. Papinien aurait donc été de l'avis des commerçants modernes, qui pensent que la signature, *Pierre et Paul*, produit un engagement solidaire.

Tel était donc le droit romain, d'après Frémery et ses approbateurs Delamarre et Lepoitevin. Suivant eux, Justinien n'a pu dévier de ces principes que par une volonté arbitraire (6), et l'art. 1202 du code civil a eu tort de le suivre dans cette mauvaise issue. Mais le commerce est resté fidèle à l'ancienne pratique, à la raison, à la bonne foi.

831. Ce système est assurément ingénieux; mais, à mon sens, il pèche par la solidité; il résiste à l'examen des lois et des autorités.

Voyons d'abord le texte de Papinien (7). Cujas a parfaitement prouvé qu'il est altéré (8), et c'est ce qu'on ne saurait mettre raisonnablement en doute.

« J'ai déposé, dit Papinien, la même chose entre les mains de deux personnes, au même titre, avec parité d'obligation (*pariter*), voulant suivre leur foi *in solidum*; ou bien je l'ai prêtée dans les mêmes circonstances et avec les mêmes conditions; ces deux personnes sont solidairement obligées envers moi. Car la solidarité ne provient pas seulement de la stipulation; elle peut procéder de tout contrat, soit de vente, soit de louage, soit de dépôt; elle peut même procéder d'un testament, comme, par exemple, si j'institue plusieurs héritiers, et que je fasse un legs ainsi conçu : *Titius* ET *Mœvius, Sempronio decem dato.* »

La lettre du texte porte : *Titius* ET *Mœvius.* Il faut lire : *Titius aut Mœvius* (9). Ce n'est qu'autant que le legs a été formulé avec la particule, *aut*, qu'il y a solidarité. Mais si la clause est : *Titius et Mœvius*, chacun est seulement tenu pour sa part virile.

En effet, que la solidarité soit attachée à la formule : *Titius aut Mœvius*, c'est ce qui résulte positivement des lois 8, § 1, D. *de legat.* 1° (10), 25, D. *de legat.* 3° (11) et 16, D. *de legat.* 2° (12). Mais que la formule : *Titius et Mœvius*, qui, dans les stipulations, exclut la solidarité, ainsi que nous l'enseigne Papinien lui-même (13), la fasse naître dans les testaments, c'est ce qui ne saurait être admis sans faire violence à la raison, et sans mettre Papinien en contradiction avec ses propres enseignements. D'ailleurs, la construction gram-

---

par un acte qui se bornait à mentionner que le créancier avait *stipulé* : Justinien a continué de le dire, et a déclaré que c'était là le droit, dans un temps où la *stipulation* romaine avait cessé d'être le principe de l'obligation. Sa loi est restée en vigueur jusqu'à nos jours, et le code civil l'a répétée; mais, certes, il n'est pas encore prouvé que les jurisconsultes romains aient décidé que, hors le cas spécial d'une *stipulation*, une obligation collective ait dû se diviser de plein droit entre les obligés.

« Or, Papinien, vers l'an 220, s'exprime ainsi : *Eamdem rem apud duos pariter deposui*, UTRIUSQUE FIDEM IN SOLIDUM SECUTUS, *vel eamdem rem duobus similiter commodavi : fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione-venditione, locatione-conductione, deposito, commodato, testamento, ut puta si pluribus hæredibus, institutis testator dixit,* TITIUS ET MÆVIUS SEMPRONIO DECEM DATO (l. 9, ff. *de duob. reis*).

« Le jurisconsulte Marcellus avait émis une opinion toute semblable en matière de vente et de louage (vers l'an 160). (L. 47, ff. *locati*, 19-2.)

« Que résulte-t-il de ces textes? 1° Que, d'après la doctrine des jurisconsultes, c'était l'intention (*utrinsque fidem secutus*) des contractants, que le juge devait avant tout rechercher; 2° que ces mots *Titius* ET *Mœvius decem dato*, expriment l'intention d'obliger *solidairement* Titius et Mœvius. On peut en conclure que, dans une convention ainsi conçue : Nous (*Paul et Louis*) *promettons de payer cent à Félix.* — Signé PAUL. — Signé LOUIS, — Papinien aurait décidé que la formule *collective* exprimait l'intention de contracter une convention solidaire; et si Papinien l'eût décidé, on peut dire que tel est le droit romain.

« Or, si le droit romain et le droit commercial sont unanimes, il semblera démontré, aussi solidement qu'on le peut désirer dans ce monde d'incertitude et d'erreur, qu'une obligation collective emporte naturellement, et suivant l'intention exprimée par ses termes, la solidarité des obligés.

« Cette décision de droit n'en sera pas moins juste malgré l'article 1202 du code civil et la volonté de Justinien ; on se soumettra à cette volonté arbitraire, tant que la loi civile ne sera pas abrogée ou réformée ; mais la société actuelle présentera jusque-là ce singulier phénomène d'une proposition vraie pour les commerçants, et d'une proposition diamétralement contraire, et cependant également vraie, pour ceux qui ne font pas le commerce. »

(1) *Contrat de comm.*, t. II, n° 153.

(2) Instit. de JUSTINIEN, *de duobus reis* ; POMPONIUS, l. 4, D. même titre.

(3) L. 2, C. *de contract. vel comm. stipul.*

(4) L. 9, D. *de duob. reis.*

(5) L. 47, D. *loc. cit.*

(6) Novelle 99.

(7) « Eamdem rem apud duos *pariter* deposui, *utriusque fidem* « IN SOLIDUM *secutus*, vel eamdem rem duobus *similiter* commo« davi. Fiunt duo rei promittendi, quia non tantùm verbis stipu« lationis, sed et cæteris contractibus, veluti emptione-venditione, « locatione-conductione, deposito, commodato, testamento : ut « puta : si, pluribus hæredibus, institutis, testator dixit : *Titius* « *et Mœvius Sempronio decem dato.* »

(8) Quæst. Papin., lib. XXVII, sur la loi 9, D. *de duob. reis*, et Obs., lib. V, cap. XXXV.

(9) Add. FRÉMERY dit ici : « Pour accommoder ce texte aux idées reçues, on a proposé de lire *ont* au lieu de *et* ; mais il est clair qu'avec ces corrections on substitue son opinion à celle qu'il s'agit de constater. »

(10) JULIANUS.

(11) PAUL.

(12) *Ibid.*

(13) L. 11, § 2, D. *de duob. reis.*

maticale du texte en question en démontre l'altération. Le verbe *dato* ne peut être régi que par *Titius aut Mævius*. Si, au contraire, vous mettez *Titius et Mævius*, il faut substituer *danto* à *dato*; ou bien la faute de langage est grossière, et l'on ne peut l'imputer à l'élégant Papinien (1).

Frémery n'est donc pas fondé à dire que, dans le droit romain, la signature collective *Pierre et Paul* aurait constitué ces deux individus en état de solidarité. C'est le contraire qui est vrai (2); la solidarité n'aurait existé, que si Pierre et Paul eussent été argentiers (3).

Quant à l'autre partie du texte de Papinien, que prouve-t-elle? Que, d'après ce prince des jurisconsultes, il n'était pas absolument nécessaire qu'on employât les termes sacramentels de la stipulation, pour créer la solidarité, mais qu'elle pouvait résulter des circonstances, des faits positifs et concluants dont un contrat avait été accompagné. J'accorde ce point; cette doctrine de Papinien est celle des jurisconsultes classiques; Marcellus l'avait déjà professée (4). Je l'accorde, dis-je, à condition néanmoins qu'on n'abusera pas de cette concession pour prétendre que la solidarité pouvait être admise légèrement; car les expressions dont se servent Papinien et Marcellus protestent contre les interprétations faciles et relâchées.

Mais que fait tout ceci, je le demande, à la thèse de Frémery et de Delamarre et Lepoitevin? Est-ce qu'à aucune époque du droit romain la solidarité s'est de plein droit implantée dans les contrats passés par les commerçants? Est-ce que Papinien ou Marcellus ont jamais dit que, par cela qu'on avait contracté avec deux ou plusieurs personnes exerçant le commerce, il y avait présomption qu'on avait suivi leur foi *in solidum?* Non, évidemment non! le droit romain déclare même précisément le contraire. Rappelons-nous ce que nous dit Ulpien d'une négociation faite par plusieurs armateurs collectivement (5). Il enseigne que chacun n'est tenu que pour sa part. Frémery n'a pas discuté ce texte, qui a également échappé à l'attention de Delamarre et Lepoitevin. Il eût été difficile de le plier à leurs idées.

Seulement, Frémery essaye de tirer avantage des lois 1, § 25, 2, 3, D. *de exercit. actione*, qui obligent solidairement tous les commettants à tenir les promesses de leur facteur; mais ce droit particulier tient à une raison tout à fait étrangère au système de Frémery. Cette raison, c'est Caius qui la donne : *Ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit* (6).

Il est vrai que Frémery doute que cette raison soit la bonne; il soupçonne le compilateur d'avoir associé violemment des idées disparates et des jurisconsultes différents; il aime mieux croire que la solidarité provient de l'obligation collective.

Je n'ai qu'un mot à répondre et il sera péremptoire. Qu'on lise une autre loi, la loi 27, § 8, D. *de peculio*; celle-là est tout entière de Caius, et la pensée qu'elle exprime n'est pas le résultat d'une mosaïque de textes découpés et juxtaposés. Eh bien! la même explication est donnée par ce jurisconsulte pour faire comprendre pourquoi celui qui a contracté avec l'esclave de plusieurs maîtres, a une action solidaire contre tous. Dès lors, les doutes doivent cesser; il sera plus clair que le jour que la solidarité dérive, non de ce que l'obligation est collective, mais, au contraire, de ce qu'ayant été contractée par un seul, elle ne doit pas se diviser entre plusieurs.

852. Il faut donc renoncer aux conjectures de Frémery pour trouver l'origine de la solidarité commerciale. Tout ce qu'il y a de plus vraisemblable, c'est que l'usage a étendu à tous les genres de commerce ce que l'utilité publique avait fait établir à Rome pour le commerce de banque (7), et ce qui avait lieu dans les opérations faites par des instituteurs. Cet usage a eu de la peine à s'établir; il ne s'est propagé qu'à la suite de divisions survenues de bonne heure entre les jurisconsultes.

853. Bartole essaya de rappeler les principes du droit romain; il combattit les opinions qui s'en écartaient (8). On voit qu'à cette époque les idées n'étaient pas encore bien fixées. Ecoutons-le parler :

« Est-il vrai que plusieurs marchands, exerçant un seul commerce soient tenus *in solidum* de leurs obligations? Cynus, d'après des auteurs plus anciens, a pensé que oui, *ad similitudinem tutorum vel magistratuum*. Mais assurément (*certè*) cette opinion n'est pas bonne.

« Voici ce qu'il faut dire :

« Quand plusieurs gèrent une affaire qui leur est décernée *ex publico*, j'avoue qu'ils sont solidaires (9). Tels sont les argentiers, dont l'office est public (10) : tels sont les tuteurs et les magistrats.

« Mais si l'affaire est privée, alors de deux choses l'une : ou les marchands l'ont exercée par un instituteur, ou, comme nous disons aujourd'hui, par un facteur; et alors ils sont tenus *in solidum*.

« Ou bien ils la gèrent par eux-mêmes; alors il faut sous-distinguer.

« Ou ils travaillent ensemble et ils sont tenus pour leur part.

« Ou bien ils travaillent séparément quoique associés, l'un étant à Pérouse, l'autre à Florence; alors ils sont tenus *in solidum;* ils sont instituteurs les uns des autres (11). »

854. Mais ce rappel des principes du droit romain n'empêcha pas la jurisprudence commerciale de se former dans un sens plus favorable au crédit. La solidarité est devenue le droit commun dans les rapports commerciaux. Ainsi, si deux associés en nom collectif souscrivent ensemble une obligation, chacun d'eux est tenu pour le tout *in solidum* (art. 22 du code civil).

855. Il arrive quelquefois que deux associés en participation donnent leur signature à un tiers, ou reçoivent simultanément de lui des fournitures. Si un arrêt de Bruxelles, du 12 janvier 1822 (12), n'avait décidé qu'ils ne sont tenus que pour leur part et non pas solidairement, nous n'insisterions pas pour établir qu'il n'y a, dans ce cas, aucune différence à faire entre la société collective et la société en participation. En effet, l'acte est collectif dans notre hypothèse; il doit, par conséquent, entraîner toutes les suites d'un engagement collectif, c'est-à-dire la soli-

(1) Cujas, lib. V, *Observat.*, cap. XXXV.

(2) L. 11, § 2, D. *de duob. reis.*

(3) Cujas, Quæst. Papin., *loc. cit.*; l. 25, D. *de pactis* (Paul.); l. 27, D. *ibid.*

(4) L. 47, D. *de duob. reis* : « Cum apparerit emptorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem, *singulorum* in solidum *intuitum personam*. »

(5) L. 4 et 2, D. *de exercit. act.*

(6) L. 25, D. *de pactis.*

(7) L. 27, D. *eod. tit.*

(8) Sur la loi 9, D. *de duob. reis*, n° 9.

(9) L. *Si unus*, D. *de pactis*, et l. *Si duo*, D. *de arb.*

(10) L. *Argent.*, D. *de edendo.*

(11) L. 4, D. *de exercit. act.* Arg. de la loi.

(12) Dalloz, *Société*, p. 146, n° 2.

darité (1). Au surplus, contre cet étrange arrêt de la cour de Bruxelles, il y a un grand nombre de décisions souveraines qui prononcent la solidarité (2), et l'on ne conçoit pas qu'il ait pu y avoir divergence sur ce point (3).

856. Mais revenons aux sociétés civiles, à celles dont les engagements collectifs n'entraînent pas de solidarité. Je disais tout à l'heure que les associés sont tenus pour leur part virile. Un texte d'Ulpien pourrait autoriser à croire que, dans le droit romain, chacun n'était tenu qu'au prorata de son intérêt dans l'affaire (4). Quoi qu'il en soit, l'art. 1863 du code civil, emprunté à Pothier, n'a pas adopté ce mode de division. Il veut que le partage se fasse par tête, et par égale portion, encore que la part de l'un d'eux fût moindre. Pour que la dette se divise suivant les parts et portions, il faut que les associés en aient fait la réserve dans le contrat qu'ils ont passé avec le créancier; je renvoie à ce que j'ai dit ci-dessus, numéros, 818, 819.

857. J'ai mis les créanciers de la société en présence des associés : il faut maintenant prévoir le concours des créanciers de la société avec les créanciers personnels des associés. J'ai déjà touché ce point aux nos 78 et 81; j'ai besoin d'y revenir ici, et je vais l'envisager sous trois aspects :

1° Par rapport aux sociétés de commerce;
2° Par rapport aux associations en participation;
3° Par rapport aux sociétés civiles.

858. En ce qui concerne les sociétés de commerce, il n'y a pas de difficultés sérieuses. Une société de commerce est une personne morale, dont l'actif constitue un patrimoine distinct de l'avoir des associés. Ceux qui ont contracté avec elle ont eu en vue ce patrimoine comme sûreté de leurs avances et gage de ses promesses. Au contraire, les créanciers personnels des associés ont dû savoir que, par la mise sociale, la société avait été investie d'un droit supérieur, qui amoindrissait le droit des associés considérés individuellement. De là cette conséquence logique : les créanciers de la société sont préférables sur les effets de la société aux créanciers personnels des associés; ou, pour mieux dire, ceux-ci n'ont de droits que sur ce qui tombe dans le domaine de leur débiteur par l'effet du partage; c'est un point de doctrine inébranlable. Il n'y a pas de jurisconsulte français ou étranger, il n'y a pas de tribunal qui n'en reconnaisse la force et la justesse (5). Nous en verrons bientôt d'im-

---

(1) DELAMARRE et LEPOITVIN, t. II, no 153, et FRÉMERY, *loc. cit.*

(2) Paris, 4 février 1812 (DALLOZ, *loc. cit.*); Bordeaux, 19 juillet 1830 (DALLOZ, XXXI, 2, 74).

(3) **Add.** Op. conf. de PARDESSUS, no 1049; de DALLOZ, *Soc.*, ch. II, sect. IV, no 6; de MALEPEYRE et JOURDAIN, no 429. Ces derniers ajoutent cependant cette restriction : « Mais comme la solidarité est, de sa nature, une obligation rigoureuse, il faudrait, dans ces divers cas, que l'association fût constante; et s'il avait seulement existé une convention pour acheter des marchandises en commun, et pour les partager ensuite en nature, et que cette convention eût reçu de bonne foi son exécution, il n'y aurait, comme nous l'avons dit, ni société, ni solidarité, à moins que cette solidarité ne résultât de la nature de l'engagement. » Op. conf. de FAVARD, *Solidarité*, § 2, no 6.

PERSIL dit au contraire : « Pour les associés en participation, la solidarité n'existe pas. Il faut qu'ils l'aient promise, pour qu'on puisse l'invoquer contre eux (arrêt de rejet de la cour de cass., 9 janvier 1821; Sirey, XXII, 1, 77). Quand bien même ils auraient tous signé un engagement sans faire mention de la solidarité, je crois encore, contrairement à l'opinion de Pardessus (t. IV, p. 160), qu'ils ne sont pas engagés solidairement; car, dans le silence de la loi, il faut se référer au principe général, et il est de principe général que la solidarité ne se présume pas, qu'elle doit être expressément stipulée (art. 1202 du code civil). Cette règle ne cesse que dans les cas où la solidarité a lieu de plein droit, en vertu d'une disposition de la loi (idem). Ici la solidarité n'est ni stipulée par les parties, ni ordonnée par la loi, elle ne doit donc pas exister. Mais, dira-t-on, les associés ayant tous signé, il est de toute vraisemblance que, par cette signature collective, ils ont entendu s'engager solidairement. Où en est la preuve? N'est-il pas plus juste de croire qu'ils ont voulu tous s'engager, il est vrai, mais seulement pour leur part et portion? Dans le doute il faut interpréter l'acte en faveur des débiteurs; car les créanciers *certant de lucro captando*, tandis que les sociétaires *certant de damno vitando*. Il y a donc pour les associés en participation, signataires de l'engagement, l'équité et le texte de la loi; c'est pour ce double motif que je décide la question dans le sens qui leur est favorable. Pothier pense aussi, avec la majorité des auteurs qui ont traité la matière, que les associés en participation, malgré leur signature collective, ne sont pas obligés solidairement. »

DURANTON dit aussi, no 456 : « Dans les sociétés de commerce les associés qui ont traité ne sont pas solidairement obligés de plein droit; aucune disposition du code de commerce n'établit non plus la solidarité à leur égard, ainsi que l'art. 22 de ce code le fait à l'égard des associés en nom collectif, quand l'engagement a été souscrit sous la raison sociale; et l'art. 1202 du code civil pose en principe que la solidarité n'a lieu qu'en vertu d'une convention des parties, ou en vertu d'une disposition particulière de la loi. Or, comme il n'y a point ici de disposition particulière de la loi, et que les parties, nous le supposons, n'ont pas déclaré s'obliger solidairement, la conséquence nécessaire, irrécusable, est qu'il n'y a pas solidarité entre les associés en participation, quoique commerçants. »

Duranton rappelle alors qu'il en était autrement sous l'ordonnance de 1673; il invoque l'article 18 du code de commerce et il finit en ces termes : « Nous ajouterons seulement, quant à l'argument que l'on a voulu tirer de ces mots de l'art. 1862 du code civil, *dans les sociétés autres que celles de commerce*, pour en conclure que, dans les sociétés de commerce indistinctement, les associés sont solidairement tenus des dettes sociales, nous ajouterons, disons-nous, que ce n'est là qu'un argument *à contrario*, et l'on sait que ces sortes d'arguments sont loin d'être toujours concluants. Celui dont il s'agit l'est si peu, que les sociétés en commandite et les sociétés anonymes sont des sociétés de commerce, et néanmoins les commanditaires, dans les premières et aucun des associés dans les secondes, ne sont solidairement tenus des engagements de la société. En second lieu, on ne pourrait évidemment soutenir que, dans les sociétés en participation, l'un des associés a qualité pour obliger solidairement les autres sans un pouvoir spécial; et cependant les expressions ci-dessus citées se réfèrent aussi bien à l'absence du droit, pour un associé, d'obliger les autres associés sans un pouvoir de leur part, qu'à l'absence de la solidarité entre les associés dans les sociétés civiles. »

Jurisprudence. — La cour de Bruxelles, par arrêt du 16 juillet 1834 (J. de B., 1834, 2, 422), a persisté dans son ancienne jurisprudence, en décidant que la livraison de marchandises, faite à une société en participation, *par l'ordre des associés*, ne donne pas lieu à une action solidaire.

(4) L. 4, D. *de exercit. act. pro portionibus exercitationis.*

(5) SCACCIA (Italien), § 5, glose 2, no 94; SALGADO (Espagnol), *de labyrintho credit.*, cap. IX, nos 48, 49, 50; FONTANELLA (Catalan), *de pactis nuptialib.*, clause 4, glose 9, part. 2, nos 52 et suiv., et autres cités *suprà*, no 78.

Add. « La société une fois formée et dotée d'un actif social par l'apport d'un capital libre, de la part de chaque associé, dit FRÉMERY, devient un être de droit, propriétaire et agissant par l'entremise de ses membres; en sorte que la propriété de l'actif accru ou diminué, résidant désormais dans la personne de la société, et non pas, même par indivis, dans celle de chaque associé, l'associé n'est plus que le créancier de la quotité éventuelle que lui produira, pour sa part, la liquidation de l'actif social au mo-

posants exemples ; admis par la jurisprudence commerciale, à l'époque où les sociétés se faisaient presque toujours par actes sous seing privé (1), il doit l'être à plus forte raison sous une législation qui, par son système de publicité, permet à tout le monde de mieux séparer la personne de l'associé, de la personne privée.

859. Ce droit exclusif des créanciers de la société devrait être respecté, quand même ce seraient des associés eux-mêmes qui se présenteraient comme ses créanciers. En prouvant qu'ils ont des titres légitimes de créance, et que la chose saisie par le créancier personnel de leur coassocié est une propriété de la société, ils repousseraient victorieusement l'action de ce dernier.

Voici un arrêt du parlement de Grenoble qui le juge ainsi :

François Bédarides, Jean Clavelles et Antoine Fiquet, marchands de Marseille, contractèrent une société le 10 mai 1624 ; le fonds de cette société se composait de 15,000 piastres de réaus, de 750 piastres de dis sols, et de 19 balles et deux escapolons.

Bédarides fournit son tiers ; les deux autres empruntèrent leurs parts de divers particuliers sous la caution de Bédarides ; l'acte, scripte, ou recorde de société (ce sont les mots usités dans ces localités par les marchands) fut dressé sous seing privé, en triple copie. Il portait que le fonds social demeurerait affecté à Bédarides pour sa sûreté, et que Clavelles et Fiquet seraient chargés de transporter ces sommes dans le Levant, sur un vaisseau nolisé par la société, afin d'y acheter des marchandises. Ces conventions furent exécutées. Clavelles et Fiquet revinrent à Marseille avec des marchandises. Mais aussitôt Gilbert Hessein et Germain Bouchard, se disant créanciers de Fiquet, les firent saisir pour se payer de sommes qu'ils prétendaient lui avoir prêtées avant le voyage ; et une sentence du lieutenant de l'amirauté ordonna que les marchandises seraient partagées en trois lots, et que, sur le tiers avenant à Fiquet, Hessein et Bouchard seraient payés par préférence. Mais, sur l'appel interjeté par Bédarides et Clavelles, il fut jugé par arrêt du parlement de Dauphiné, du 22 août 1637, que les marchandises apportées du Levant à Marseille étaient des effets de la société, des effets acquis avec le fonds social et en provenant ; que dès lors Bédarides et Clavelles seraient préférables sur le tiers appartenant à Fiquet pour les sommes qu'il avait empruntées solidairement avec Clavelles, sous la caution de Bédarides, pour fournir son fonds de société.

Sur quoi Basset (2) remarque que : « les dettes « faites pour la société sont préférables aux étrangers ; celles que l'un de la société a contractées en « son propre, ores qu'antérieures à la société, passent « après ; et de cette qualité furent jugées les dettes « des intimés (Hessein et Bouchard), ores qu'ils eussent prêté à Fiquet sous l'hypothèque principale sur « les marchandises que Fiquet rapporterait du Levant, parce que cela fut jugé n'être qu'une dette de « Fiquet, lequel ne parlant pas de société et n'apparaissant non plus que les deniers des intimés *versi « fuissent in communem arcam societatis* avait agi en « son nom personnel. »

D'après ces dernières paroles de Basset, on voit qu'il en aurait été autrement si Fiquet eût contracté au nom de la société, quoique sans pouvoir, et si l'emprunt avait tourné au profit de la société ; mais Fiquet avait figuré en son propre et privé nom.

Basset fait observer ensuite que *bona societatis non dicuntur nisi deducto ære alieno*, par argument de la loi 1, § 1, D. *de trib. act.*, où il est dit : *Non dicitur peculium, nisi deducto quod dominus dedit ut id componeretur* ; que les associés de Fiquet avaient droit d'empêcher que les créanciers personnels de Fiquet ne vinssent lever sa portion, sans acquitter les dettes de la société qui en ont composé le fonds.

Hessein et Bouchard prenaient une autre couleur. Ils se prétendaient vrais créanciers de la société, soutenant que Fiquet leur avait emprunté comme instituteur et procureur de la société. Mais, dit Basset, un associé en faisant des emprunts n'oblige pas la société, *nisi in arcam communem pecuniæ versæ sint*. Et les nombreuses autorités qu'il cite (3) prouvent qu'il ne les a pas parfaitement comprises. Basset manque ici d'exactitude dans sa réfutation (4). La véritable raison, c'est que Fiquet n'avait comparu qu'en son nom propre et privé, et que Hessein et Bouchard n'avaient pas suivi la foi de la société.

Enfin, ces derniers objectaient que la police de société, étant sous seing privé, ne pouvait valoir. Mais, d'une part, elle avait été enregistrée à Marseille avant l'arrivée du navire ; de plus, il était constant qu'à Marseille la coutume était de ne faire que des écritures privées dans les sociétés pour un voyage.

Brillon (5) rapporte un arrêt du parlement de Paris, du 11 juin 1692, rendu dans le même sens. On peut consulter un arrêt de la cour royale de Grenoble, du 1er juin 1831 (6), qui confirme ces précédents. La jurisprudence est désormais constante ; nous la verrons se développer au numéro suivant.

---

ment où la société étant dissoute et éteinte, la propriété de cet actif retournera de la société aux associés qui la composaient et qui lui survivent.

« Dès que l'associé n'est que le créancier membre de la société existante, il s'ensuit que ses créanciers personnels, n'ayant que ses droits, ne peuvent réclamer que cette même part qui doit revenir à leur débiteur par l'effet de la liquidation.

« Or, la liquidation consiste à réaliser l'actif net, en acquittant tout le passif ; conséquemment les créanciers de l'associé, se présentant avec ses droits, n'ont aucune part à réclamer dans l'actif social, tant que les créanciers de la société ne sont pas entièrement payés. La décision suivie par la coutume est donc la déduction fort exacte de l'idée nouvelle introduite par les commerçants en matière de société.

« Mais si la coutume commerciale, en admettant qu'une société de commerce est un être distinct de chacun de ses membres, a permis aux créanciers de la société de se prévaloir de la conséquence qui s'y rattache, elle n'a pas songé à isoler la société des associés qui la composent. Nul n'est créancier de la société, que parce qu'il a contracté avec les associés ; or, si leur réunion collective a donné pour débiteur au créancier la société, elle n'a pas empêché que chacun des membres de cette réunion ne fût aussi le débiteur personnel du créancier avec qui ils ont traité. Aussi n'a-t-il jamais été mis en doute que le créancier de la société n'ait un droit sur tous les biens particuliers de chaque associé, semblable à celui des créanciers particuliers de cet associé. » Op. conf. de DUVERGIER, n° 405 ; de PERSIL, p. 45, n° 55.

(1) Voyez l'arrêt du parlement de Grenoble, que je vais rapporter au numéro suivant.

(2) T. II, tit. II, lib. V, cap. XI ; *junge* TOUBEAU, p. 101.

(3) L. *Jure societatis*, D. *Pro socio* ; l. *Sed nec æs alienum*, D. *ibid.* ; l. 36, § *Filius*, D. *Familiæ ercisc.* ; l. 3, § *Sed si*, D. *de in rem verso* ; FELICIUS, *De societate*, cap. XXX, n° 16 ; FAVRE, Cod., lib. IV, tit. XXVII, dif. 1.

(4) *Suprà*, ce que j'ai dit de l'*in rem versio*, nos 777 et 733.

(5) Voy. *Société*, n° 7.

(6) MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 1, p. 547.

Add. *Jurisprudence.* — L'arrêt du 1er juin 1831 renferme la décision suivante : « Lorsqu'une société ayant été dissoute, l'un des associés chargé de la liquider a confondu l'avoir social dans le

Mais hâtons-nous de dire qu'elle n'est parfaitement invariable là-dessus que lorsque la société, que l'on prétend faire considérer comme un être distinct, a une existence certaine et notoire pour tous ; que si, au contraire, cette société est sujette à critique sous le rapport de la certitude et de la publicité, les arrêts font cesser la séparation des patrimoines; ils donnent aux créanciers personnels un recours sur les objets que leur débiteur a fait entrer dans la prétendue association. Ainsi l'ont jugé un arrêt de la cour de cassation du 15 février 1821, et un arrêt de la cour de Paris du 4 mars 1840 (1). Il est utile de connaître les circonstances de ces deux espèces. Elles se distinguent l'une de l'autre par des nuances qui ont de la gravité.

Dans la première espèce, la société commerciale que l'on opposait aux créanciers personnels d'un sieur Châtelet, n'avait été ni transcrite ni publiée au tribunal de commerce; de plus, elle n'avait pas de date certaine antérieure à la faillite de Châtelet, et elle était restée inconnue. La cour royale de Montpellier, par un arrêt que j'ai rappelé ci-dessus, n° 251, rejeta la séparation des patrimoines, réclamée par les créanciers de la prétendue société; elle se fonda sur deux raisons : 1° l'article 1328 du code civil s'oppose à ce qu'un acte de société, qui n'a été enregistré qu'après la faillite du débiteur, soit opposé à ses créanciers personnels; 2° ces derniers sont des *tiers intéressés* dans le sens de l'article 42 du code de commerce; et l'acte de société, n'ayant pas été rendu public, est nul à leur égard, en conformité de ce même article. Sur le pourvoi formé par les créanciers de la société, la requête fut rejetée, le 15 février 1831, au rapport de Dunoyer. Mais il faut remarquer que l'arrêt de rejet ne s'appuie nullement sur l'ordre d'idées que la cour royale avait tiré de l'article 42 du code de commerce. Il repose tout entier sur le défaut de date certaine de l'acte de société, et sur l'état occulte de l'association, dont les tiers de bonne foi n'avaient pu supposer l'existence.

« Attendu qu'il est reconnu en fait, par l'arrêt at-
« taqué, que depuis quarante ans, Châtelet faisait le
« même commerce qu'à l'époque de sa faillite; qu'il
« avait les mêmes marchandises, les mêmes usines;
« *que ses créanciers avaient traité avec lui sous la foi*
« *de la confiance et du crédit attachés à cette exten-*
« *sion commerciale;* et qu'en jugeant qu'une partie
« de ces mêmes créanciers n'avaient pu être déchus
« de leurs droits sur la presque totalité de l'actif de
« ce débiteur failli, au profit d'une autre classe de
« créanciers, sous le prétexte d'une société portée sur
« un acte sous signature privée, non enregistrée avant
« l'ouverture de la faillite, *et demeurée inconnue jus-*
« *qu'alors,* la cour royale de Montpellier n'a violé au-
« cune loi; — rejette. »

La manière dont cet arrêt est motivé est digne d'attention. Il ramène la solution à une question de bonne foi, de confiance, et de notoriété.

Bien différent est l'arrêt de la cour royale de Paris, du 4 mars 1840. En fait, le créancier personnel connaissait l'existence de la société; sa demande était privée des circonstances favorables qui avaient milité avec tant de force auprès de la cour de cassation. Son seul point d'appui était dans la nullité prononcée par l'article 42 du code de commerce, au profit des tiers intéressés. Et c'est uniquement en vue de cet article, que la cour royale rejeta la séparation des patrimoines; il lui sembla que la non-séparation était une suite nécessaire de la nullité. Ainsi, ce que la cour de cassation avait semblé considérer comme le côté délicat de l'arrêt de Montpellier, la cour royale de Paris en a fait le côté fort de sa décision.

J'ajoute qu'un écho de ce système de la cour de Paris se trouve dans un arrêt de la cour de Caen, du 8 mars 1842, qui est passé sous nos yeux à l'audience de la chambre des requêtes, du 22 mars 1843 (2).

Si l'on part du principe posé ci-dessus, au n° 251, d'après lequel les créanciers personnels de l'associé sont tiers intéressés pour faire déclarer la nullité de la société non publiée, on sera amené à reconnaître que la cour royale de Paris n'a pas été trop loin. L'action des créanciers personnels contre les créanciers de la société serait illusoire, elle dégénérerait en vaine abstraction, si on lui refusait la non-séparation des patrimoines. Pour qu'elle soit efficace, il faut que les créanciers personnels soient admis à argumenter de la fraude légale pratiquée à leur préjudice pour dissimuler une société, qui diminuait la masse des biens propres de leur débiteur; il faut qu'ils puissent, malgré les créanciers de la société, faire rentrer dans le patrimoine de ce débiteur les choses qui n'en sont sorties qu'à la faveur d'une réticence réprouvée par la loi.

Opposera-t-on que la nullité n'a pas d'effet rétroactif; qu'elle n'efface pas tout un passé, pendant lequel ont pu être faits des actes de bonne foi; que ce passé est protégé par l'équité de la jurisprudence; que les parties ont été rapprochées par une société de fait, dont les actes doivent être maintenus en ce qu'ils ont de sincère et de loyal; qu'autrement, on donnerait accès à la fraude, lorsque la loi a voulu la bannir (3); que, pendant tout ce passé qui a précédé la demande en nullité, la société a fonctionné comme corps moral; qu'elle a constitué un être fictif, distinct des associés, et ayant son existence et son patrimoine particuliers?

Mais je réponds : sans doute, la personnification du corps moral est l'attribut virtuel de toute constitution de société, et l'on ne peut admettre la création conventionnelle d'une société, sans admettre, par voie de conséquence forcée, son existence comme individualité collective, comme corps moral. Mais, avant tout, il faut supposer que cette société est dans des conditions légales de vitalité, et qu'elle réunit tous les caractères de la société normale et vraie (4). Or, c'est ce qui n'arrive pas ici. Nulle comme société, elle ne défend son passé qu'à la faveur des règles relatives à la communauté simple; et l'on sait que la communauté ne donne pas naissance à un être collectif, distinct des communistes (5). La séparation des patrimoines manque donc de fondement dans l'ordre d'idées qui nous occupe.

Et toutefois, nous ne laissons pas sans protection ce passé auquel on nous ramène! Nous voulons que les créanciers, qui ont traité avec les associés de fait, ne soient pas frustrés de leurs titres, et qu'ils les fassent valoir contre eux, conformément aux conventions et

---

sien, sans que les créanciers de la société aient demandé la séparation de l'avoir de la société d'avec celui des sociétaires, le privilége de ses créanciers est éteint par la confusion (1er juin 1831, Grenoble, Olivier. DALLOZ, XXXII, 2, 40.)

(1) SIREY, XL, 2, 162.

(2) Mondehard, syndic de la faillite Mélidor-Moisson (M. Lebeau, rapporteur). Mais la cour de Caen n'a pas jugé la question; elle n'a fait qu'avancer une opinion.

(3) *Suprà*, n° 249.

(4) *Ibid.*, n° 58.

(5) *Ibid.*, n° 54.

à l'équité. Mais ce que nous leur refusons, c'est le droit de se placer dans la position spéciale et privilégiée de ceux qui ont contracté avec une vraie société, alors qu'ils n'ont eu affaire qu'à de simples communistes, non constitués en personne collective. C'est ainsi que nous concilions le respect pour les faits accomplis avec le respect pour la volonté suprême de la loi.

Au surplus, je le répète, toutes les fois que l'existence de la société n'est pas attaquée, la jurisprudence ne varie pas; on sépare le patrimoine social du patrimoine des associés, et l'on donne aux créanciers de la société une préférence sur les effets sociaux.

860. Cette règle est si absolue qu'elle ne fléchit pas sous la faveur de la dot; en sorte qu'une femme qui épouse un associé ne peut prétendre aucune hypothèque légale sur les biens de la société dont il fait déjà partie. Cette question s'est plusieurs fois présentée, soit dans l'ancien droit, soit depuis le code civil; toujours elle a été résolue contre la femme, dont la cause, quelque privilégiée qu'elle soit, doit subir la loi commune de la bonne foi et du crédit. La cour royale de Toulouse, quoique située au milieu d'un pays où les antiques idées sur la dot conservent leurs plus ardents défenseurs, n'a pas hésité à donner la préférence aux créanciers de la société. Son arrêt est du 31 juillet 1820 (1). Il s'agissait d'une société commerciale, dont l'actif échappa aux prétentions d'une femme qui n'était créancière que de l'un des associés, et fut attribué aux créanciers de la société.

Mais voyons un arrêt du parlement de Paris, du 25 janvier 1677, qui, dans des circonstances semblables, fit échouer les prétentions hypothécaires de la femme d'un associé. En voici l'espèce (2). Le 1er mai 1666, les nommés Bouillet, Aymon, Mathieu et Jacques Dupuys, forment une société pour diverses opérations de négoce. Le fonds social était de 60,000 livres, dont moitié avait été fournie *en commandite* par les Dupuys. Mais, ce fonds n'étant pas suffisant, les Dupuys s'obligèrent par l'article 96 à fournir 100,000 livres dont ils seraient faits créanciers. Les Dupuys satisfirent à leur obligation avec exactitude. Mais Bouillet et Aymon ne fournirent pas les 30,000 livres de leurs fonds de capital. Et, de plus, ils avaient pris sur les fonds de la société des deniers dont ils étaient débiteurs.

Bouillet mourut. Sa veuve, pour se remplir de ses droits, prétendit que son hypothèque s'étendait sur les biens de la société pour la portion qui en appartenait à son mari; la femme Aymon, s'étant fait séparer de biens, intervint et prit des conclusions semblables.

Les Dupuys résistèrent : ils soutinrent que ces femmes ne pouvaient avoir plus de droits que leurs maris. Mais ils succombèrent en première instance. Sur l'appel, la cause fut développée devant le parlement de Paris avec profondeur.

Dans l'intérêt des Dupuys, on disait : La société a été fondée avec leurs deniers; tout ce qui lui appartient provient de leurs avances; ils doivent donc être payés, par exclusion à tous autres, sur lesdits effets (3). D'ailleurs, et à part cette circonstance, suivant le jurisconsulte Paul, les dettes de la société doivent être acquittées des effets de la société (4). Suivant Papinien, les créanciers particuliers d'un associé dont les deniers ne sont pas entrés dans la société, sont exclus de tout droit sur la société (5). Ainsi, les créanciers de la société sont préférés aux créanciers de l'associé, puisque les effets de la société leur sont affectés et que les autres en sont exclus.

L'autorité des docteurs est encore plus précise.

Fontanella, jurisconsulte catalan, traite la difficulté avec un talent remarquable. Suivant lui, les créanciers de la société doivent être préférés à tous les créanciers de l'un des associés, quand même ils auraient hypothèque. Car les créanciers d'un associé ne peuvent prétendre que ce à quoi pourrait aspirer l'associé lui-même; ils ne font qu'exercer ses droits. Or, que pourrait-il réclamer, lui associé? Rien autre chose que ce qui resterait toutes dettes payées; car *Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno*. Ses créanciers ne peuvent donc dire qu'il y a dans la société des biens qui leur appartiennent, qu'autant qu'ils ont payé les dettes sociales (6).

Salgado, sénateur de Valladolid (7), enseigne la même doctrine. Quand un individu, dit-il, a plusieurs affaires, les unes en son nom personnel, les autres comme chef d'une société, et qu'il devient insolvable, il faut séparer ses créanciers personnels d'avec les créanciers de la société; en effet, cet individu a en lui plusieurs personnes, la sienne propre, et celle de la société qu'il a gérée. Or, ceux qui ont traité avec lui en vue de sa propre personne ne peuvent pas prétendre que leurs titres s'étendent jusqu'à la société avec laquelle ils n'ont pas contracté; et c'est ce que décide le célèbre docteur Alexandre (8). Ainsi, les créanciers d'une catégorie ne sont pas créanciers de l'autre; et les créanciers de la société doivent l'emporter sur les créanciers personnels.

Il suit de là que les femmes Aymon et Bouillet, n'étant créancières que de leurs maris et non de la société, doivent être déchues de leurs poursuites. Elles ont beau faire parler les priviléges de la dot : les priviléges ne doivent pas être exagérés, et tous les auteurs ont enseigné que l'épouse n'a pas plus de droit sur les biens d'une société, que le créancier ordinaire. Témoin Rodriguès (9), qui cite une décision de la rote de Rome, et le cardinal Tuscos (10), qui veut expressément que les effets de la société soient attribués, à l'exclusion de la femme, aux créanciers qui ont suivi la foi de la société et non la foi du mari.

Du reste, les Dupuys prouvaient que les dots de ces femmes n'étaient pas entrées dans la société.

Mais, disaient les femmes Aymon et Bouillet, les

(1) Dalloz, XXXII, 2, 40, et v° *Hypothèques*, p. 143; Sirey, XXI, 2, 263. Voy. *suprà*, n° 81.

(2) *Journal des audiences*, t. III, liv. XI, ch. III, p. 178; Toubeau, page 122, cite cet arrêt sommairement et obscurément; Brillon, *Société*, n° 11.

Si l'on veut juger de la différence qui existe entre la manière des arrêtistes d'autrefois et celle des arrêtistes d'aujourd'hui, on pourra comparer le *Journal des audiences* avec les recueils de Dalloz et de Sirey sur cette question; qu'on dise, après cela, si la science a gagné à la brièveté moderne.

(3) Arg. de la loi 52, § 12, D. *Pro socio*.

(4) L. 27, D. *Pro socio*.

(5) L. 82, D. *Pro socio*. Mais est-ce bien le sens de cette loi? Voy. *suprà*, n° 773, où je prouve la négative avec Cujas et Favre. On a souvent abusé de ce texte.

(6) *De pactis nuptialibus*, claus. 4, glos. 9, part. II, n°s 52 et suiv.

(7) *De labyrinth cred.*, cap. IX, n°s 48, 49, 50.

(8) Lib. V, cons. 139.

(9) Dans son *Traité du concours et privilége des créanciers*, lequel fait la première partie du tome III des œuvres de Salgado, n° 57.

(10) *Conclus.*, tit. VII, lib. V, concl. 296, n° 23.

effets d'une société n'appartiennent-ils pas à chacun des associés pour leur part et portion? Donc, nos maris en ayant le sixième, nous avons un droit évident sur cette partie. Autrement il vaudrait autant dire que les biens d'une société n'appartiennent à personne. Les Dupuys répondaient : La proposition, que les effets de la société appartiennent à chacun des associés suivant leur part, est fausse. La propriété en est à la société, suivant le cardinal Tuscus, à peu près comme les biens communaux appartiennent aux communautés, mais non aux habitants *ut singuli*. Et cela est de toute justice. Quand des associés achètent, ils sont tenus du prix solidairement; il faut donc que chacun en ait la propriété totale indivise. Que si ces effets appartenaient à chacun des associés en particulier, suivant leur part et portion, il en résulterait que l'un des associés, qui n'aurait pas de biens, pourrait disposer de sa part, la livrer à ses créanciers propres, la faire absorber par ses dettes personnelles, tandis que les autres associés, dirigés par des sentiments d'économie et de bonne gestion, seraient obligés de satisfaire à toutes les dettes de la société, quoique la propriété de tout le fonds social ne fût plus libre entre leurs mains.

Sur ces moyens, l'arrêt réforma et donna gain de cause aux associés.

861. Mais si un associé mettait dans la société un immeuble déjà grevé d'hypothèque générale ou spéciale, le créancier porteur de cette hypothèque serait préférable sur cet immeuble aux créanciers de la société. Et c'est ce qu'a jugé le sénat de Catalogne, au rapport de M. Raphaël Rubi, le 14 novembre 1609 (1).

Cette préférence, du reste, ne devrait pas s'étendre au delà; et, sur tous les autres biens appartenant à la société, le créancier devrait laisser payer les dettes sociales. C'est ce qui résulte du même arrêt.

862. Maintenant que ce point est suffisamment éclairci, on apercevra bien mieux encore l'évidence de ce que j'ai dit ci-dessus, n° 79, des compensations entre une créance sur un associé et une dette de la société.

863. Mais on tomberait dans une grave erreur si l'on s'imaginait que, par réciprocité, les créanciers de la société, qui sont en même temps créanciers des associés pris isolément (par suite de la réflexion nécessaire des dettes sociales sur la personne des associés), devaient être primés sur les biens personnels par les autres créanciers pour causes étrangères à la société, et être renvoyés à se pourvoir sur les biens sociaux. Je ne conçois pas les doutes de Duranton sur une question si simple et si claire (2). Les créanciers de la société ont, sur les biens personnels des associés, des droits égaux à ceux de tous les autres créanciers. Leur action est directe et primaire. Elle ne doit être ni arrêtée par de préalables discussions, ni écartée par des préférences : c'est ce qu'a très-bien aperçu Duvergier (3).

864. Examinons maintenant si la préférence des créanciers de la société s'applique aux associations en participation (4).

On se demande, d'abord, comment il se fait qu'il puisse y avoir des créanciers de la société, des créanciers ayant suivi la foi de l'association, puisque le propre de la participation est de rester absolument étrangère à toute révélation extérieure (5). Et, en suivant jusqu'au bout cette question faite aux prétendus créanciers, on ajoute comment ils ont pu avoir en vue un actif social, pour gage de leurs prêts, puisque la participation ne forme pas de masse sociale, et qu'au lieu d'un capital propre à la société, il n'y a que des effets appartenant à des individus (6).

Voici la réponse; mais elle n'est pas favorable à ces créanciers.

Vous voulez savoir par quelle révélation ils ont appris qu'ils traitaient avec une société qui ne se donnait

---

(1) FONTANELLA, *loc. cit.*, n° 61.

(2) Tome XVII, n° 458.

(3) N° 406.

Add. Où DUVERGIER dit : « Cependant, Duranton montre quelque hésitation sur la question de savoir si les créanciers de la société ont un droit égal à celui des créanciers personnels de l'associé sur les biens particuliers de celui-ci. Il pense que, si les créanciers de la société demandent à être payés par préférence sur ses biens, ils doivent souffrir que les créanciers particuliers de l'associé soient payés, par préférence à eux, sur les biens personnels de cet associé.

« La loi 5, § 15, ff. *de actione tributoriâ* fournirait, dit-il, un « argument pour le décider ainsi. On en trouverait un semblable « dans la loi 3, § 2, ff. *de separationibus*, où Papinien, contre le « sentiment de Paul et d'Ulpien (dans la loi 5, au même titre), qui « ne voulaient pas que les effets de la séparation pussent être « scindés, admettait bien les créanciers du défunt, qui avaient « demandé la séparation des patrimoines, à se faire payer aussi « sur les biens particuliers de l'héritier; mais toutefois après dis- « cussion préalablement faite de ceux du défunt, et, en outre, « après le payement intégral des créanciers particuliers de l'hé- « ritier; décision qu'avaient adoptée Domat, Lebrun et Pothier. » Il ajoute en note : « Voy., toutefois, t. VII, n°s 500 et 501, où nous « disons qu'il ne paraît pas que les rédacteurs du code aient admis « le même tempérament que Papinien à sa décision. »

« Un pareil langage ne présente pas véritablement une solution. Ce qui suit n'est guère plus précis. Voici, en effet, comment conclut Duranton : « Comme le point en question n'est pas positive- « ment prévu et réglé par le code civil, les juges, en vertu de « l'article 4, pourraient le décider de la sorte, en suivant les rè- « gles de l'équité qui paraissent, en effet, vouloir une semblable « décision. »

« Il est vrai qu'aucun texte ne tranche expressément la difficulté; mais ce serait mal entendre l'art. 4 du code civil, que d'en faire l'application toutes les fois que la législation est muette sur une espèce particulière. Si de l'ensemble des dispositions de la loi dérivent des principes incontestables, ces principes doivent diriger les tribunaux appelés à statuer sur les cas qui ne sont pas formellement prévus; le juge qui les méconnaîtrait, manquerait à son devoir; et ses décisions, présentant une violation implicite des règles légales, seraient sujettes à la censure de la cour de cassation.

« Dans la matière qui nous occupe, une foule de textes supposent que la société a des biens distincts et séparés de ceux des associés; d'où il suit invinciblement que ses créanciers ont sur ces biens un droit que personne ne peut ni leur contester ni partager avec eux. Comme d'ailleurs il n'est pas douteux, et les textes ne sont pas moins clairs à cet égard, que chaque associé est débiteur direct et personnel, pour une part égale, des créanciers de la société, il faut absolument conclure que tout créancier de la société a droit d'exiger son payement, et sur les biens sociaux et sur les biens des associés, sans qu'il y ait réciprocité pour les créanciers particuliers de chaque associé. Un tribunal qui n'admet pas ces conséquences viole les articles de la loi d'où elles sont déduites.

« Il est, au surplus, étrange qu'on veuille imposer à l'exercice du droit des créanciers de la société sur l'actif social, cette condition qu'ils ne réclameront rien sur les biens personnels des associés. Les créanciers de la société ont deux espèces de débiteurs : d'abord la société considérée comme personne civile, pour la totalité de la créance; ensuite chaque associé, pour une part déterminée. On ne peut, sous prétexte d'équité, leur refuser action, ni contre les uns ni contre l'autre. »

(4) *Suprà*, n°s 81, 511, 512.

(5) *Suprà*, n° 499.

(6) N° 500.

pas pour société : c'est que ces créanciers sont tout bonnement les participants eux-mêmes, qui viennent soutenir qu'ils ont des reprises à exercer contre cette société mystérieuse pour tout le monde, excepté pour eux qui l'ont formée. Mais, puisqu'en donnant une organisation à leur opération, ils ont préféré une participation, nécessairement occulte pour les tiers, aux autres sociétés dont la nature est de se révéler, peuvent-ils opposer à ces tiers des intérêts sociaux dont ils ont affecté de leur laisser ignorer l'existence? Où serait la justice? où serait la réciprocité? Comment! les tiers n'auraient aucune action contre la société, et la société en aurait une contre eux, et elle viendrait leur enlever un gage qui a été donné comme gage privé, indépendant de toute société? Rien de cela n'est admissible.

En droit, d'ailleurs, que s'est-il passé? La participation ayant laissé les participants agir comme personnes privées, chacune d'elles s'est posée nécessairement comme maîtresse de l'affaire qu'elle a faite; et lorsque les tiers ont traité avec le participant agissant sous son privé nom, ils ont dû voir en lui un commerçant traitant pour son propre négoce. Tout l'actif, réalisé entre ses mains par ses coparticipants, a été nécessairement offert à la confiance de ces tiers, comme étant la propriété exclusive du gérant. Sans doute, si les participants se trouvaient dans l'un de ces cas où la loi accorde la revendication au vendeur ou au commettant, ils pourraient l'exercer en vertu du droit commun et en qualité de personnes privées, et ils seraient fondés à soutenir qu'ils ont conservé la propriété de leurs mises, lesquelles n'étaient ni propriété de la société ni propriété du débiteur (1). Mais, hors ce cas, leurs prétentions ne seraient pas soutenables; ce serait le renversement de la participation, dont l'utilité commerciale repose sur cette idée, qu'à l'égard des tiers, le participant actif est le maître de tout, et engage la chose non comme sociale, mais comme sienne : d'où il suit que tout ce qui dans la société collective est censé appartenir à la société, ou se faire sous son nom, est censé, dans la participation, appartenir au participant actif. En un mot, dans la participation, il n'y a que des individus; chaque individu est constitué maître dans ce qu'il fait; il représente pour les tiers un commerce privé, à lui appartenant en propre; et son droit, accepté et consacré par ses coparticipants, a été d'engager aux tiers tout ce qui était dans ce commerce. Dès lors, tout privilége disparaît pour les créanciers de la société, et chacun vient en concours d'après les règles ordinaires du droit commun.

Je ne conçois donc pas que des arrêts de cours royales aient donné à la participation un patrimoine, et aient aperçu une différence de position entre tels et tels créanciers qui auraient contracté avec ceux qui en faisaient partie (2). J'aurais été encore plus surpris de voir Merlin et Pardessus prêter à une telle hérésie l'autorité de leur expérience, s'ils n'eussent parlé dans une consultation. Or, il est rare que de telles œuvres échappent à un certain entraînement de zèle pour la défense.

Hâtons-nous de dire, du reste, que les vrais principes ont été rétablis définitivement par deux arrêts de la cour de cassation, dont les motifs sont excellents (3). Cette cour a parfaitement vu, que dans une participation tout repose sur la tête de la personne qui agit en son nom et dirige les opérations; qu'il n'y a ni un être moral distinct des associés, ni un patrimoine autre que leur patrimoine individuel; que, pour les tiers, il n'y a ni société ni sociétaires, mais de simples personnes traitant en leur nom pour leurs affaires propres (4). Sortir de ce cercle, c'est enlever à la participation le caractère qu'elle doit conserver pour se distinguer des sociétés proprement dites; c'est oublier les nécessités du commerce qui l'ont fait établir, et les considérations auxquelles elle doit son maintien dans le code de commerce (5).

865. Que dirons-nous maintenant des sociétés civiles?

Les anciens auteurs, qui ont le mieux approfondi cette question, ont toujours pris dans le droit civil les arguments par lesquels ils ont fait triompher les créanciers des sociétés de commerce : ces arguments forment un enchaînement d'idées, que les spécialités du droit commercial ont à peine influencées, et qui tournent dans le cercle du droit commun (6). Rappelons-les en deux mots :

Quand on met un objet dans une masse sociale, on ne le peut retirer qu'après avoir prélevé sur cette masse ce qui est nécessaire pour payer les dettes contractées pendant la durée de l'association : « Omne æs « alienum quod, manente societate, contractum est, « de *communi solvendum est.* » Cette proposition du jurisconsulte Paul (7) est vraie pour toute espèce de société régulière. La caisse commune a des droits et des obligations; elle est comparable à une hérédité (8), où l'actif et le passif forment un tout dont on ne peut faire sortir des parts nettes et libres, qu'après avoir déduit les dettes. C'est, en effet, un principe général que *Bona non dicuntur nisi deducto ære alieno* (9); et, spécialement en matière de société, le même jurisconsulte Paul a dit : « Lucrum non intelligitur nisi « *omni damno deducto* (10). »

Il est donc vrai qu'une dette de société est imprimée sur l'avoir social, et l'un des associés qui veut retirer son lot par le partage doit subir ou retranchement pour les dettes auxquelles l'opération sociale a donné lieu.

Or, le créancier d'un associé, qui n'a pas contracté avec la société, n'a pour obligé que celui dont il a suivi la foi; il n'est pas créancier de la société (11); il ne peut donc exercer contre la caisse commune que

(1) *Suprà*, n° 513, on trouvera un exemple et une décision.

(2) La cour de Paris a jugé le pour et le contre. Arrêts des 9 août 1831 (SIREY, XXXI, 2, 259; DALLOZ, XXXI, 2, 208); 22 novembre 1834 (SIREY, XXXV, 2, 69; DALLOZ, XXXV, 2, 77); 26 juin 1874 (rapporté par PERSIL fils, p. 231).

(3) 1er juin 1834 (DALLOZ, XXXIV, 1, 203; SIREY, XXXIV, 1, 603); 19 mars 1838 (DALLOZ, XXXVIII, 1, 122). *Contrà* MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 416; PERSIL fils, sur l'article 48 du code de commerce, n° 6, p. 231. DUVERGIER, n° 427, rapporte la jurisprudence sans se prononcer.

Add. Il dit cependant : « Ces décisions, loin de contester les principes que j'ai posés, leur rendent l'hommage le plus explicite; elles reconnaissent que les créanciers de l'association auraient un droit de préférence incontestable, s'il s'agissait d'une véritable société; elles ne le leur refusent que parce qu'une association en participation n'est pas une société proprement dite, ayant le caractère d'une personne civile. »

(4) *Junge* Paris, 19 janvier 1834 (DALLOZ, XXXIV, 2, 100).

(5) *Suprà*, nos 511, 512.

(6) Voy., par exemple, FONTANELLA, cité *suprà*, n° 860.

(7) L. 27, D. *Pro socio.*

(8) L. 22, D. *de fidejussorib.*

(9) L. 39, § *Bona*, D. *de verb. signif.*

(10) L. 30, D. *Pro socio.*

(11) FONTANELLA a écrit à ce sujet ces paroles : « Debitum « et creditum societatis est diversum a debito et credito parti- « cularis. Nam quod est debitum vel creditum *in commune*, non-

les droits de l'associé son débiteur; il ne peut y puiser que ce que ce dernier y pourrait prendre.

Et comme l'associé est obligé à souffrir le prélèvement des dettes de la société, le créancier qui exerce ses actions ne saurait être de condition meilleure.

Tel est le point de vue auquel se sont placés les lois romaines et leurs savants interprètes.

Eh bien! je le demande, sont-ce là des raisons particulières à tel ou tel genre de société? N'est-ce pas, au contraire, le droit commun pris pour type et pour régulateur?

La société de commerce n'est donc pas fondée à réclamer pour elle seule le bénéfice d'une séparation de patrimoine, qui est inhérente à toute vraie société. Quoi! elle n'est parvenue à distinguer l'intérêt social de l'intérêt privé de chaque associé, que par les principes du droit civil; et puis, elle voudrait garder ces principes pour elle seule, et les enlever à la société civile? Je ne reconnais donc pas le savoir ordinaire de Vincens (1) et de Frémery (2), quand ils supposent que la société civile n'est pas recevable à attribuer à ses créanciers une préférence sur les créanciers particuliers de chaque associé. Le droit commercial serait ingrat, s'il oubliait à ce point les emprunts qu'il a faits au droit civil (3)!

865 2° (4). **865** 3° (5).

865 4° (6).

866. Dans tout ce que nous avons dit depuis le n° 771 jusqu'au n° 865, nous ne nous sommes préoccupés que de la position passive des associés.

Leur position active à l'égard des tiers est étrangère à cette section, qui ne traite que des droits des tiers contre la société. Du reste, le droit inverse de la société contre les tiers se résume dans des idées fort simples. La société étant une personne civile, ceux qui se sont engagés envers elle ne sont pas précisément les débiteurs des individus qui la composent; ils sont les débiteurs de la personne civile; et quand cette personne se présente à eux par le ministère d'un organe légal, ils doivent payer, sans division, le total de la dette. Nous avons vu ci-dessus (7) que le droit de recouvrer les créances sociales appartient au gérant; et comme, à défaut de gérant, chaque associé est revêtu du droit d'administrer (art. 1859), il s'ensuit que le payement fait pour le total à l'un des associés, pour le compte de la société, libère le débiteur pour le tout (8).

867. Néanmoins, cette proposition n'est vraie qu'autant que la société n'est pas dissoute, ou que les débiteurs ont eu de justes causes d'ignorer la dissolution (9).

867 2° (10).

« est debitum vel creditum alienius ex sociis particularibus. » (*Loc. cit.*, n° 62.) Et FAVRE : « Socius non ad æs alienum, *quod* « *socii sit*, tenetur; sed ad id tantum *quod sit societatis*. » (L. 12; D. *Pro socio*.)

(1) *Des sociétés par actions*, p. 6 et 7.

(2) *Études de droit comm.*, p. 32.

(3) **Add.** L'opinion de FRÉMERY et de VINCENS est partagée par ZACHARIÆ, § 383 : « Les créanciers des associés obligés en cette qualité, ne peuvent, comme tels, réclamer aucune préférence sur les objets composant le fonds commun, au préjudice des créanciers personnels de l'un des associés. »

Ses annotateurs AUBRY et RAU ajoutent : « Duranton professe une opinion contraire en partant de la supposition évidemment erronée qu'une société civile constitue, de même qu'une société de commerce, un être moral distinct de la personne de chaque associé (Cf. § 38 *bis*). L'opinion de Duranton aurait pour résultat d'étendre aux créanciers d'une société civile le bénéfice de séparation de patrimoine que la loi n'accorde qu'aux créanciers d'une succession. Voyez cependant, en ce sens : Paris, 10 décembre 1814 (SIREY, XV, 2, 79); Paris, 22 novembre 1834 (SIREY, XXXV, 2, 77). »

(4) **Add.** *Les créanciers personnels d'un associé peuvent saisir et faire vendre ses droits dans la société.* — Ainsi l'enseigne DUVERGIER, n° 408 : « Les créanciers personnels d'un associé ont été admis à saisir et à faire vendre sa part, dans les formes prescrites par les articles 636 et suivants du code de procédure pour la saisie et la vente des rentes sur particuliers. Cela n'est point en opposition avec les droits des créanciers de la société. En effet, la chose vendue consiste précisément dans le lot qui reviendra à l'associé, par suite de la liquidation de la société, c'est-à-dire après le payement de tous les créanciers de celle-ci. Aucune atteinte n'est donc portée à la préférence que ces derniers doivent exercer sur les biens qui composent le fonds social. » (13 août 1834, Paris; SIREY, XXXIV, 1, 674.)

(5) **Add.** *En Angleterre et en Amérique un nouvel associé n'est tenu que des engagements contractés depuis son entrée en société.* — On lit dans MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 157 : « On juge, en général, en Amérique et en Angleterre, qu'un nouveau membre admis dans une société ne devient jamais responsable des engagements sociaux qu'à partir du jour de son admission, et qu'il ne peut être tenu des obligations antérieures que s'il y consent : cette manière de juger est fondée sur les principes suivants, à savoir :

1° Que la solidarité est de droit étroit, et qu'elle ne doit pas être facilement admise.

2° Que si les associés en nom collectif sont tenus solidairement des engagements sociaux, c'est parce que ces engagements sont toujours pris au nom de tous les associés. Si donc le nouvel associé ne faisait pas partie de la société au moment où l'obligation a été contractée, la promesse n'a pas pu l'engager; et les tiers qui l'ont acceptée n'ont pas dû compter sur sa solvabilité. »

(6) **Add.** *Il faudrait chez nous, pour qu'il en fût ainsi, ou une convention formelle, ou la liquidation des opérations antérieures.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 158 : « Cette décision ne nous paraît bonne qu'autant que les opérations antérieures à l'introduction du nouvel associé auraient été liquidées, et qu'il aurait été convenu qu'il ne participerait ni aux bénéfices, ni aux pertes des opérations commencées. Mais s'il entre purement et simplement dans la société, qu'il prenne la suite des affaires sociales sans liquidation des précédentes, il nous semble qu'il doit être nécessairement obligé, comme le sont tous les associés en nom collectif, c'est-à-dire solidairement, à supporter les charges même antérieures, puisqu'il profite de toutes les opérations commencées. Il pouvait s'affranchir de ces charges en exigeant que la première société fût dissoute et liquidée, pour en former une nouvelle dont il serait membre; en n'agissant pas ainsi et en confondant volontairement son patrimoine avec les biens de l'ancienne société, il s'est soumis aux mêmes obligations que les coassociés et doit être solidairement responsable, avec eux, de ces engagements antérieurs qu'il a dû connaître et dont il profitera s'il y a lieu (arr. de la cour de Rennes, confirmé par la cour de cassation, le 25 floréal an XIII; DALLOZ, v° *Société*, p. 113, in-8°, p. 333).

(7) *Suprà*, n° 688.

(8) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 217, où ils disent : « La solidarité existe entre eux, non-seulement quant aux dettes passives, mais encore quant aux créances ou dettes actives : ainsi, lorsqu'il n'y a pas de gérant et que par conséquent tous les associés sont administrateurs (code civil, article 1859), le payement fait par le débiteur entre les mains de l'un des associés est valable, car ils sont créanciers solidaires aussi bien que débiteurs solidaires, et les règles tracées par le § 1er de la section qui vient d'être citée, leur sont applicables.

« S'il y avait un ou plusieurs gérants, il est clair que le payement ne serait valable qu'autant qu'il aurait été fait entre les mains de l'un d'eux, puisque seuls ils avaient le droit d'administrer les affaires de la société. »

(9) FELICIUS, cap. XXX, n°s 54 et 55.

(10) **Add.** *Conséquences de la solidarité quant à la chose jugée.* — PROUDHON, *Usufruit*, n° 1323, déduit : « La chose ju-

CHAPITRE IV.

DES DIFFÉRENTES MANIÈRES DONT FINIT LA SOCIÉTÉ.

Art. 1865. La société finit,
1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ;
2° Par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation ;
3° Par la mort naturelle de quelqu'un des associés ;
4° Par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux ;
5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société (b).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 13. *La société de gains et profits finit,*
1° *Par l'échéance du terme, s'il y en a été fixé ;*
2° *Par l'extinction de la chose ou l'épuisement des objets mis en masse ;*
3° *Par la faillite de l'un des associés ;*
4° *Par la mort.*

2e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 229. *La société finit par la faillite ou la mort de l'un des associés ;*
Par son interdiction générale.

Art. 230. *Néanmoins, les effets de la société subsistent à l'égard de ses successeurs, jusqu'à l'accomplissement des affaires communes.*

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 919. *On peut fixer la durée de la société à un certain temps ou pour la vie entière.*

Art. 936. *La société finit,*
A l'époque fixée par le contrat d'association ;
Aussitôt que la négociation qui y avait donné lieu est consommée ;
Lorsque la chose qui en est l'objet n'existe plus ;
Par la faillite ;
Par la mort naturelle ou civile de l'un des associés ;
Par son interdiction.

Art. 937. *La mort de l'un des associés dissout la société, même entre les associés survivants, s'il n'en est autrement convenu.*

Art. 938. *Les héritiers de l'un des associés ne lui succèdent pas en cette qualité ; néanmoins, les effets de la société subsistent à leur égard, jusqu'à l'accomplissement des affaires commencées, et ils doivent concourir à leur conclusion.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 54. *La société finit,*
1° *Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée ;*
2° *Par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation ;*
3° *Par la mort civile ou naturelle de l'un des associés, ou par son interdiction* (a) ;
4° *Par sa faillite ;*
5° *Par la volonté de n'être plus en société.*

Art. 55. *Lorsque la société a été contractée pour un temps limité, elle finit de plein droit par l'expiration de ce temps.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 36. Conf. à l'art. 1865.

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. D'AGEN. — Art. 54. 3° Il faudrait dire, d'après les notes : *par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes.*

TRIB. DE BRUXELLES. — Art. 54. Il y a des sociétés qui, par leur nature et leur objet, ne sont point dans le cas de se dissoudre par la mort de l'un des associés. Telles sont celles qui se forment pour des exploitations des mines ; elles ne peuvent avoir de terme que par la consommation de l'objet ; il faut donc faire une observation à l'article.

(b) MOTIFS.

TREILHARD : « Le contrat de société est consensuel ; on ne peut pas être en société malgré soi ; la bonne foi est la première base du contrat ; la confiance mutuelle des associés dans leurs personnes respectives, en est le véritable lien ; il est facile, d'après ces notions, de déterminer la durée des sociétés.

« Le contrat, étant formé par le consentement, peut se résoudre sans contredit par une volonté contraire.

« Le contrat peut avoir pour objet une affaire déterminée ; la société expire donc naturellement lorsque l'affaire est finie... »

---

gée à opposer aux associés de celui avec qui a été rendu le jugement, de la circonstance qu'il y aurait solidarité entre les associés. »

SOURCES.

INSTIT. Lib. III, tit. XXX, § ult. — Leg. 4, § 1 ; leg. 63, § 10 ; leg. 65, §§ 1 et 10 ; leg. 55, 52, § 9 ; leg. 65, 65, § 10 ; leg. 65, § 12 ; leg. 65, § 3, D. *Pro socio.* — Leg. 5, Cod. eod. — DOMAT. *Lois civiles,* liv. 1, tit. VIII, sect. V, nº 11. — POTHIER. *Société,* nºs 138, 139, 140, 143, 144, 147, 148, 149.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1737. Conf. à l'art. 1865, C. F.

Sardaigne. — 1888. Id.

Haïti. — 1634. Id. (La mort civile remplacée par la perte des droits civils.)

Louisiane. — 2847-2848. Id. Mais point par la mort civile ou la déconfiture.

Canton de Vaud. — 1339. Conf. à l'art. 1865, C. F.

Bavière. — 12. A moins de convention particulière, chaque société finit par la mort de l'un des sociétaires, et même dans ce cas les héritiers peuvent continuer la société ou se retirer.

13-14. La société finit encore par la volonté d'un des associés, s'il n'y a pas de terme fixé ; ou par l'expiration de ce terme ; par la cessation de l'opération pour laquelle la société a été formée, et par la perte totale du fonds social.

Autriche. — 1205. La société finit : lorsque l'exploitation est terminée ou lorsqu'elle ne peut être continuée ; lorsque le fonds social est épuisé ou lorsque le terme fixé est arrivé.

1207. La société de deux personnes est dissoute par la mort de l'une d'elles. Il n'en est pas de même s'il y a plusieurs associés.

1210. Un membre peut être exclu de la société, s'il ne remplit pas les conditions essentielles du contrat, s'il fait faillite, s'il est mis sous curatelle, ou s'il est condamné pour crime.

1211. La société pourrait être dissoute avant le terme stipulé, si le gérant principal décédait ou se retirait.

Prusse. — Un sociétaire peut être exclu s'il ne remplit pas ses devoirs, s'il a été condamné pour crime, ou déclaré prodigue, sauf à lui à se pourvoir en justice.

278 à 280. La mort d'un associé ne change pas la société ; mais si personnellement il était chargé d'en diriger les travaux ou l'administration, ses héritiers et les autres associés seront libres de se retirer, sauf convention contraire.

291 à 294. Le sociétaire, qui veut sortir de la société, doit en avertir ses coassociés en temps utile et ne peut se retirer qu'à l'époque de l'apurement des comptes. Il reste toujours engagé pour les affaires commencées.

SOMMAIRE.

868. Transition et exposé.

869. Des causes de dissolution de la société. Ordre suivi par le code civil.

870. *Première cause.* De la fin de la société par le terme convenu. L'expiration du terme opère de plein droit, et la société est dissoute alors même que l'opération ne serait pas terminée.

878 2°. *Il ne faut pas confondre le cas où un événement forme un terme, et celui où il forme une condition.*

878 3°. *Dans ce cas, pour les sociétés de commerce, aucune formalité de publication n'est requise pour en instruire les tiers.*

878 4°. *Dans le cas où la fin de la société dépendrait d'une condition dont l'existence serait contestée entre associés en matière commerciale, la question serait décidée entre eux par arbitres ; et par les tribunaux à l'égard des tiers.*

871. La société ne serait pas dissoute de plein droit, alors même que l'opération ne fût pas terminée, si le terme n'avait été indiqué que par approximation.

872. Le terme, quoique implicite, opère la dissolution de la société.

873. De la prorogation volontaire. Renvoi.

874. De la séparation volontaire avant le terme convenu. Renvoi.

875. Du terme qui, à raison de sa longueur, ne lie pas les parties. Renvoi.

876. *Deuxième cause.* De la fin de la société par l'extinction de la chose et la consommation de l'affaire.

Renvoi pour le cas d'extinction de la chose.

877. Quand le but est atteint, la société doit cesser.

878. Mais quand une société entreprend l'exploitation de toute autre branche de commerce, elle ne saurait finir par la consommation de l'affaire.

879. *Troisième cause.* De la mort naturelle de l'un des associés. Rigueur des jurisconsultes romains à cet égard. Ils n'admettaient pas le pacte de faire passer la société aux héritiers.

880. Cette rigueur n'est pas admise dans la jurisprudence française. La clause en question y a toujours été reçue.

881. Dans les communautés tacites qui se continuaient de père en fils, on supposait qu'il s'opérait une nouvelle société tacite avec les survivants et les héritiers.

882. Résumé là-dessus.

883. Il y a même des sociétés où l'on suppose de droit qu'il a été entendu que la mort d'un des associés ne dissoudra pas la société.

884. Exemples. Bail à colonage.

885. Sociétés de cheptel.

886. Sociétés anonymes.

886 2°. *Les sociétés formées pour l'exploitation des mines ne sont pas dissoutes par la mort d'un associé.*

886 3°. *Dans les sociétés d'assurances mutuelles, la société est-elle dissoute par la mort d'un assuré ? Les effets de l'association passent-ils activement et passivement sur la tête des héritiers de l'associé ?*

887. Sociétés en commandite par actions.

888. *Quid* dans les commandites qui ne sont pas par actions ?

889. Du reste, lors même que le capital social est divisé par actions, la mort du gérant est une cause de dissolution, à moins de stipulation contraire.

890. La dissolution par la mort d'un associé a lieu de plein droit.

891. Ses effets doivent être envisagés sous trois rapports.

892. D'abord, par rapport aux héritiers. Ceux-ci sont tenus de tous les actes faits avant le décès.

893. *Quid* des opérations commencées par le défunt et non finies lors du décès ?

894. Suite.

895. *Quid* des opérations commencées avant le décès par d'autres associés ?

Règle donnée par Straccha.

COMMENTAIRE.

868. Nous avons vu la société se constituer en personne civile, puis nous l'avons suivie dans son existence intérieure et extérieure. Nous allons traiter des événements qui entraînent sa dissolution, et des conséquences de sa fin.

869. Les docteurs, en suivant la méthode analytique d'Ulpien (1), ont rattaché à quatre causes les circonstances qui font finir la société : « Solvitur *ex* « *personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione* (2). »

Elle se dissout *ex personis*, par la mort naturelle ou civile de l'un des associés.

Ex rebus, par l'extinction de la chose, ou la consommation de l'affaire, ou la déconfiture de l'association.

Ex voluntate, quand quelques-uns des associés expriment la volonté de n'être plus en société ; ou bien quand le contrat a fixé un terme.

Ex actione, quand il y a eu une novation qui a remplacé par une autre action l'action *pro socio* (3) ; ou bien quand il y a eu une sentence qui a prononcé la dissolution (4).

On verra que ces classifications sont aussi celles du code. Seulement, le législateur en a renversé l'ordre, donnant, suivant son usage, la préférence à la division de Pothier (5). Hâtons-nous de le suivre dans cette voie.

§ 1er.

870. La société finit par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée (6).

Ce mode opère de plein droit. Car, comme le dit Straccha (7), *dispositio facta pro certo tempore ultra illud non extenditur*. Et cette règle est si impérieuse, que la société est dissoute alors même que l'opération ne serait pas terminée (8). C'est ce qui a été jugé par la rote de Gênes dans l'espèce suivante :

Une société avait été contractée pour le commerce des laines entre Thomas, Jean-Auguste, et Jérôme de Marini ; il avait été convenu qu'elle durerait trois ans. Jérôme devait se transporter à Tolède pour faire chaque année des achats, et les expédier annuellement à Venise. En effet, il se rendit en Espagne ; il loua une maison à Tolède, et il y séjourna quatre ans environ.

Jérôme avait associé à sa part Bernard Gentile, à condition que, tous les ans, ce dernier lui enverrait une provision opportune pour l'achat des laines. L'opération devait se composer de trois achats successifs : l'un, la première année ; l'autre, la seconde ; le troisième, la dernière année (9). Jérôme ne put pas agir la première année ; il reporta sur les trois années suivantes les achats dont il avait été chargé ; ce qui fit que les opérations se prolongèrent pendant quatre ans.

Au retour de Jérôme en Italie, des difficultés s'élevèrent entre lui et son participant Bernard Gentile. Jérôme reprocha à ce dernier de n'avoir pas servi, aux époques opportunes, les fonds qui avaient dû assurer les deux premiers achats, et de l'avoir laissé entièrement à découvert pour le troisième. Il est vrai, ajoutait Jérôme, que le dernier achat a été fait la qua-

(1) L. 63, § 10, D. *Pro socio*.
(2) FELICIUS, cap. XXXII, n° 1 ; PETRUS DE UBALD., *de duobus fratribus*, part. XI.
(3) FAVRE sur la loi 65, D. *Pro socio*.
(4) PAUL., loi 63 précitée.
(5) Nos 139 et suiv.
(6) STRACCHA, décis. 14, nos 93, 97, n° 8 ; POTHIER, *loc. cit.*
(7) Décis. 97, n° 9 ; MENOCH., cons. 121, lib. II ; MASCARDUS, cons. 1065, n° 20 ; et les nombreux auteurs cités par FELICIUS, nos 36, 37, cap. XXXV, d'après STRACCHA.
(8) FELICIUS, cap. XXXV, n° 35 ; PETRUS DE UBALD., *de duobus fratribus*, part. III, n° 39.
(9) Décis. rot. Genuæ, 97, n° 5 *in fine*.

trième année, et non pas la troisième. Mais il n'importe. Une société contractée pour une certaine négociation, dure jusqu'à ce que cette négociation soit conduite à fin (1). Bernard Gentile a donc manqué à la loi de la société.

Mais celui-ci répondait : Je n'avais rien à fournir pour la quatrième année. La société avait une durée limitée ; elle ne pouvait être étendue au delà des trois ans convenus, que par une volonté expresse ou tacite qui n'a pas eu lieu. Il ne faut pas confondre une société renfermée dans un temps précis, avec une société qui, par exemple, se serait formée pour une opération d'achat de laines, de vins et autres marchandises situées dans tel lieu ; celle-ci ne trouve sa fin que dans la conclusion de l'opération, mais celle-là ne saurait être prorogée au delà de son terme, sous prétexte que les opérations n'ont pu être terminées. Jérôme n'est pas reçu à dire que les trois ans ne lui ont pas suffi pour acheter les quantités de laine : « Cum electus ad « aliquod negotium peragendum pro certo et limitato « tempore, si intra tempus diffinitum impeditus, non « absolvit totum negotium, sed partem tantum, non « sequatur dilationem aliquam ad totum negotium « perficiendum, sed elapso tempore præstituto, *ligatas manus habere censeatur*, ut tradit Bartolus (2). » Quels inconvénients d'ailleurs n'y aurait-il pas à admettre ainsi des prorogations de société, surtout dans le commerce où les marchandises sont sujettes à changer de cours ? Les laines ont considérablement monté dans la quatrième année, et l'opération est devenue onéreuse (3). Doit-il dépendre d'un seul des associés de ne pas s'arrêter au temps convenu ?

Et puis, de quoi se plaint Jérôme ? Que je ne lui ai pas envoyé de fonds la première année, au temps opportun ? Mais lui-même il m'a écrit qu'il n'y avait rien à faire, à cause du renchérissement occasionné par la guerre, et qu'il était de l'intérêt de la société d'attendre pour le moment. Mon second envoi lui est arrivé trop tard (4) ! Il l'a cependant reçu sans protestation, et d'ailleurs il avait les mains garnies par mon précédent envoi. J'avoue que je n'ai rien envoyé pour le troisième achat, mais la société était expirée (5).

Sur ces raisons, Jérôme perdit sa cause ; et Straccha donne pour rubrique à la décision de la rote ces paroles qui en résument le point le plus saillant : « Societas, inita per tempus, non durat ultrà præ« fixum tempus, licèt negotia non sint perfecta. »

Tels sont les vrais principes : il ne faut pas s'en écarter (6). Autrement, il arriverait que la première cause de dissolution signalée par notre article disparaîtrait au profit de la seconde, et que ce serait la consommation de l'affaire, et non l'expiration du terme convenu, qui serait le point de décision.

870 2° (7).

870 3° (8).

870 4° (9).

871. Si cependant les parties n'avaient indiqué le terme que par approximation, et non pas pour limiter la société d'une manière absolue, il n'y aurait rien d'illégal à décider, en cas qu'elles se fussent trompées dans leur calcul, que la société continuerait jusqu'à la consommation de l'affaire. C'est en ce sens qu'on peut admettre un arrêt de la cour de Bruxelles du 13 janvier 1810 (10).

872. Quelquefois le terme est implicite, et cependant il n'en opère pas moins la dissolution de la société. Les docteurs ont coutume de donner, pour exemple de ce cas, l'espèce suivante : Deux aubergistes s'associent pour leur commerce et louent pour cinq ans une maison destinée à leur exploitation ; le terme du bail est présumé être le terme de leur société (11), à moins qu'il ne résulte des circonstances qu'ils ont voulu la faire durer plus longtemps (12).

873. Nous verrons, par l'art. 1866, comment il est permis aux parties de proroger une société dissoute par l'expiration du terme (13).

---

(1) N° 6. PAUL, l. 65, § 10, D. *Pro socio*.

(2) N° 9.

(3) N° 10.

(4) N° 11.

(5) N° 12 *in fine*.

(6) *Junge* MALEPEYRE et JOURDAIN, n°ˢ 449 et suivants ; PERSIL fils, p. 341, n° 1 ; PARDESSUS, t. IV, n° 1085.

(7) **Add.** *Il ne faut pas confondre le cas où un événement forme un terme et celui où il forme une condition.* — DUVERGIER dit, n°ˢ 412 et 413 : « Le terme peut être fixé de deux manières : ou par l'indication d'une date précise, ou par la désignation d'un événement déterminé. L'effet est le même, quel que soit le mode que les parties aient adopté pour manifester leur volonté. La société finit de plein droit, lorsque le jour est échu, ou lorsque l'événement est arrivé.

» Il faut toutefois examiner avec soin si l'événement forme un terme ou une condition résolutoire. Autre chose est de stipuler qu'au moment où un événement s'accomplira, tous rapports cesseront pour l'avenir ; autre chose, de dire que même le passé sera considéré comme non avenu. Dans le premier cas, il y a une société à terme, dont il faut faire la liquidation d'après les bases posées dans l'acte constitutif ; dans le second, il n'y a pas eu de société : c'est une communauté de fait qui a existé, dont les effets doivent être réglés suivant les principes généraux du droit. »

(8) **Add.** *Dans ce cas, pour les sociétés de commerce, aucune formalité de publication n'est requise pour en instruire les tiers.* — Ainsi l'enseignent MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 451, où ils disent : « La dissolution arrivant de cette manière, il n'y a aucune formalité à remplir pour la porter à la connaissance des tiers, qui ont été suffisamment instruits par la publication de l'acte de société, puisque le terme de la société, et probablement l'époque de la dissolution, y ont été indiqués. »

(9) **Add.** *Dans le cas où la fin de la société dépendrait d'une condition, dont l'existence serait contestée entre associés en matière commerciale, la question serait décidée entre eux par arbitres ; et par les tribunaux à l'égard des tiers.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent à ce sujet, n° 453 : « Quand le terme de la société est déterminé soit par la date précise du jour où la société doit cesser, ou par le nombre d'années de sa durée, à compter d'un jour déterminé, soit par l'indication d'un événement certain, il ne peut y avoir de doute sur l'événement du terme ; la société finit, soit le jour même fixé, soit à l'instant où l'événement arrive.

» Mais lorsque le terme est fixé par l'indication d'une condition, on pourra n'être pas d'accord sur l'accomplissement de cette condition ; il y aura lieu, dans ce cas, à consulter les termes du contrat et l'intention des contractants, pour décider si réellement l'événement dont on veut faire résulter l'accomplissement de la condition présente tous les caractères nécessaires pour mettre fin à la société. Dans ce cas, il pourra devenir nécessaire de recourir soit aux arbitres, soit aux tribunaux, selon que la difficulté s'élèvera entre associés, ou bien avec des tiers, mais alors, comme nous l'avons déjà fait observer plus haut, ce ne sera pas le jugement qui interviendra qui opérera la dissolution de la société ; ce jugement ne fera que statuer sur une interprétation du contrat ; et s'il résulte de cette interprétation que la condition qui devait rompre le contrat a été accomplie, le jugement constatera seulement que la dissolution a été opérée du jour de l'accomplissement de cet événement. »

(10) SIREY, X, 2, 215 ; DALLOZ, *Société*, p. 97 ; PERSIL fils, p. 341, n° 2 ; DUVERGIER, n° 414.

Add. Op. conf. de DURANTON, n° 461.

(11) STRACCHA, decis. 27, n° 6, d'après JEAN FABER et autres.

(12) FELICIUS, lib. 34, n° 23 ; *infrà*, n° 969.

(13) *Infrà*, n° 912.

874. Nous verrons aussi, par l'art. 1871, dans quels cas les parties peuvent se séparer *alio invito*, avant l'expiration du terme fixé. Mais, pour se séparer volontairement avant le terme, il faut le consentement unanime de tous ceux qui ont formé la société. Ici ne s'applique pas le paragraphe final de notre article (1).

875. Enfin, nous examinerons, sous l'art. 1869, s'il est vrai qu'il y ait des termes qui, à raison de leur longueur, doivent être considérés comme ne liant pas les parties.

§ 2.

876. La société finit, en second lieu, par l'extinction de la chose et la consommation de l'affaire.

La dissolution de la société par l'extinction de la chose n'est qu'énoncée dans l'art. 1865 ; un article spécial lui est consacré plus bas : c'est l'art. 1867, dont la rédaction équivoque a fait naître beaucoup de controverses. Il faudra voir dans le commentaire de cet article tout ce qui a rapport à cette cause de dissolution (2)?

877. Quant à la consommation de la négociation, c'est un point qui rencontre moins de difficultés (3). Une société ne peut subsister sans une affaire qui en est l'objet ; et quand le but est atteint, la société n'a plus de cause : elle doit cesser (4).

Deux négociants se sont associés pour acheter et pour revendre les vins de plusieurs propriétaires désignés du Médoc ; il est évident que la société manquera de base, alors que tous les vins auront été écoulés.

878. Mais si l'affaire entreprise par la société n'est pas circonscrite dans une spécialité, si c'est toute une branche de commerce en général, comme le commerce des vins, du roulage, et autres semblables qui embrassent des opérations indéfinies, on ne pourra plus trouver une cause de dissolution dans la consommation de la négociation ; car cette négociation n'a pas de fin.

§ 3.

879. Une troisième cause de dissolution de la société, c'est la mort naturelle de l'un des associés (5). Les jurisconsultes romains la considéraient comme la plus capitale de toutes ; ils s'y attachaient avec une telle rigueur, qu'ils déclaraient nulle la convention par laquelle il aurait été stipulé dans le contrat que l'héritier de l'associé décédé serait associé à la place du défunt (6).

Ce système reposait sur deux idées : l'une donnée par Justinien (7), à savoir, que la société se forme en vue des qualités personnelles des associés et qu'elle ne peut, dès lors, se continuer avec des personnes incertaines et inconnues lors du contrat (8) ; la seconde, plus profonde et plus radicale, quoique non signalée par Pothier, mais si bien exposée par Cujas, que je ne peux mieux faire que de le traduire (9) :

« La raison pour laquelle les Romains avaient particulièrement insisté pour que la société finît par la mort de l'un des associés, c'est qu'ils ne voulaient pas enchaîner la liberté de tester dont ils étaient si jaloux. Supposez que Titius eût fait avec Sempronius une société de tous ses biens, et qu'il ait été convenu que la société continuerait avec Gaius, héritier de Titius : il fût résulté de là que ce dernier aurait été lié par cette convention, et n'aurait pu tester utilement à l'égard d'une autre personne. Que si la convention, au lieu de désigner précisément l'héritier de Titius, eût porté que la société continuerait avec son successeur en général, elle aurait été nulle par un autre motif, à savoir, l'incertitude de la personne avec laquelle la société devait continuer (10).

On faisait toutefois une exception pour les sociétés de publicains, relatives à la ferme du revenu public, et l'on y admettait la clause que l'héritier succéderait à la part du défunt (11).

880. Dans le droit moderne, le principe, que la société finit par la mort naturelle de l'un des associés, n'a pas été reçu avec un respect aussi superstitieux. Grotius le représente comme de pur droit civil, et particulier aux sociétés privées (12), et la jurisprudence ne l'a admis qu'avec réserve. C'est pourquoi Masuer, exprimant les vieilles croyances de la pratique française, admettait la validité de la clause qui faisait passer la société aux héritiers (13) ; et c'était l'opinion de Pothier (14), que l'art. 1868 du code civil a adoptée. Tout ce qu'on trouve de contraire dans les livres (15) est un débris du droit romain pur et non accommodé à nos usages.

881. On serait même tenté de croire que la continuation de la société avec les héritiers avait lieu de plein droit dans les communautés taisibles, dont l'existence se prolongeait de père en fils pendant des siècles d'union et de travaux communs ; et c'était l'avis de Coquille (16). Mais d'autres jurisconsultes repoussaient cette idée de subrogation de plein droit, et voici comment ils conciliaient cette continuité avec la règle que la société se dissout par la mort : ils supposaient qu'il s'opérait une nouvelle société par la continuation de vie, de gestion, de commerce com-

---

(1) Orléans, 18 juin 1838 (DALLOZ, XXXIX, 2, 105).

(2) *Infrà*, nº 906.

(3) PAUL, l. 65, § 10, *Pro socio*; Inst., *de societate*, § 6.

(4) FAVRE sur cette loi ; STRACCHA, décis. 27, nº 6, rapportée *suprà*, nº 870 ; POTHIER, nº 143.

Add. Op. conf. de FAVARD, *Société*, p. 230, nº 3 ; de ROLLAND DE VILLARGUES, nº 137.

VINCENS ajoute, t. I, p. 295 : « Mais l'obligation de s'expliquer dans les actes qui constituent une société commerciale sur son commencement et sur sa fin, rendant cette règle peu applicable. »

DURANTON dit, nº 469 : « Les parties sont alors simplement en communauté pour se rendre réciproquement compte et partager le fonds social suivant les conventions portées au contrat. »

(5) MODESTIN, l. 4, § 1, D. *Pro socio*; PAUL, l. 65, § 9, D. *loc. cit.*; POMPONIUS, l. 59, D. *Pro socio*; ULPIEN, l. 35, D. et l. 63, § 10, D. *Pro socio*; Inst. de JUSTINIEN, *De societate*, § 5.

(6) POMPONIUS, l. 59 précitée ; LEBRUN, *Des sociétés tacites*, ch. V, sect. I.

(7) Inst., *loc. cit.*

(8) POTHIER, nº 145 ; FELICIUS, cap. XXXII, nº 3 ; BALDE sur les Inst., *de societate*.

(9) BARTOLE, sur la loi 59, D. *Pro socio*, l'avait signalée ; *junge* FELICIUS, *loc. cit.*, nº 4. Voy. *infrà*, nº 950.

(10) Observ., lib. X, cap. XXV.

(11) POMPONIUS, l. 59, D. *Pro socio*; POTHIER, nº 145 ; LEBRUN, chap. V, sect. I, nº 4 ; FELICIUS, cap. XXXII, nº 19.

(12) *De jure pacis et belli*, lib. II, cap. XVI, nº 16.

(13) *Des associations*, 28, nº 23 ; LEBRUN, chap. V, sect. I, nº 3.

(14) Nº 145.

(15) FELICIUS, cap. XXXII, nº 5 ; DESPEISSES, sect. III, § 4.

Add. DUVERGIER, ajoute, nº 433 : « Rousseaud de Lacombe reproduit sans observations l'opinion de Despeisses. Domat ne parle point de la convention, il dit seulement que la mort de l'un des associés interrompt la société à l'égard de tous (tit. VIII, sect. V, nº 14). Il en est de même de Bourjon (tome I, tit. VII, chap. VI, sect. I). »

(16) Sur Nivernais, tit. XXII, art. 3.

muns, entre les survivants et les héritiers du défunt : « Non pas, disait Maynard, que la même société « tienne : *cela ne se peut faire;* mais, par la continua« tion uniforme des mêmes actes, ils en forment et « commencent *une nouvelle*. A quoi se peut rappor« ter la doctrine de Bartole sur la loi *Si patruns*, « *C. com. utriusque judicii* (1). »

882. Il est donc vrai qu'aujourd'hui, comme chez les Romains, la société se dissout par la mort ; mais, à la différence du droit romain, on peut stipuler qu'elle se continuera avec les héritiers de l'associé (art. 1668).

883. Il y a même des sociétés dans lesquelles cette stipulation est inutile et se supplée par la nature des choses.

884. Telles sont les sociétés formées pour l'exploitation d'une propriété foncière par le bail à colonage; la mort du propriétaire n'influe pas sur le contrat (2).

885. Telles sont les sociétés de cheptel dans lesquelles la mort du bailleur est aussi une circonstance insignifiante (3).

886. Telles sont les sociétés anonymes : il serait absurde de vouloir que la mort de l'un des associés eût quelque influence sur l'existence d'une société, qui unit plutôt les capitaux que les individus, et dans laquelle la considération des personnes n'est entrée pour rien (4).

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation (chambre des requêtes), au rapport de Mestadier, par arrêt du 12 janvier 1842.

Un individu, assuré à une compagnie d'assurance mutuelle contre l'incendie, meurt. Sa succession vend sa maison; la question était de savoir si l'acheteur succédait à l'assurance. Il fut décidé que le contrat devait continuer avec lui. D'après les notes que j'ai conservées sur cet arrêt (j'y ai concouru), la cour pensa que le contrat n'avait pas été dirigé par la considération des personnes; qu'on avait nécessairement prévu le décès des premiers assureurs, leur remplacement par leurs héritiers, les aliénations pour cause de dot, les ventes inévitables dans une association aussi nombreuse, dans une collection aussi vaste d'individus.

886 2° (5).

886 3° (6).

887. Telles sont encore les sociétés en commandite dont le capital est divisé par actions. La création de ces actions, dont la transmission de main en main peut renouveler dans le cours de l'opération tout le personnel des commanditaires, est une preuve éclatante que l'association a été formée *respectu negotii*, et non pas *respectu personarum*. Cette vérité est aujourd'hui si généralement admise, qu'il est inutile de l'étayer par d'autres raisonnements (7).

888. Mais on en ferait un usage abusif, si on l'étendait aux commandites dont le capital n'a pas été divisé par actions. La société reste alors sous l'empire du droit commun. Elle a formé, entre le commanditaire et le commandité, un lien qui n'a pas été subordonné au caprice de mutations imprévues; elle a engendré des rapports mutuels de confiance, que le commandité ne peut être forcé d'étendre à des personnes étrangères (8).

---

(1) Liv. II. chap. LXXI.

(2) Mon *Comm. du Louage*, n° 647.

(3) *Ibid.*, n° 1186.

(4) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 469.

Add. Où ils disent : « Il n'est besoin d'aucune clause spéciale et expresse des statuts pour que cela soit ainsi. C'est une conséquence nécessaire de la nature de la société anonyme et des dispositions des articles 34, 35 et 36 du code de commerce. En effet, ces articles prescrivent la division du capital social en actions soit au porteur, soit nominatives, et permettent la transmission de ces actions, soit par la seule tradition opérée par la remise du titre lorsqu'il s'agit d'actions au porteur, soit par une simple mention de transfert avec la substitution du nom du cessionnaire à celui du cédant, sur les registres de la société, quand il s'agit d'actions nominatives, sans astreindre en aucun cas l'associé cédant à obtenir le consentement de ses coassociés. Ils laissent ainsi à chaque associé la faculté de se substituer un tiers par sa seule volonté. » Op. conf. de PROUDHON, *Usufruit*, n° 1601, pour les sociétés d'assurance mutuelle.

(5) **Add.** *Les sociétés formées pour l'exploitation des mines ne sont pas dissoutes par la mort d'un associé.* — Cette proposition établie par DELEBECQUE, *Traité sur la législation des mines*, n° 1241, t. II, p. 466, où il cite les monuments de la jurisprudence, a été admise depuis par la cour de cassation de Belgique (arrêt du 14 décembre 1839; J. de B., 1839, 1, 414).

(6) **Add.** *Dans les sociétés d'assurances mutuelles, la société est-elle dissoute par la mort d'un associé? Les effets de l'association passent-ils activement et passivement sur la tête des héritiers de l'associé?* — Cette double question est examinée et résolue par PROUDHON, *Usufruit*, n° 1602.

(7) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 471; PARDESSUS, t. IV, n° 1087.

Add. DUVERGIER dit à ce sujet, n° 434 : « Est-il possible de décider qu'une société survit à la mort de l'un de ses membres, quoique l'acte qui la constitue soit muet à cet égard?

« Les articles 1865 et 1868 répondent négativement, d'une manière claire et absolue; il faut le reconnaître, quelque disposé qu'on soit à introduire dans l'application de la loi l'influence des théories économiques. Cependant il y a des cas où, sans faire violence au texte, on pourra décider que la mort d'un associé n'a point rompu la société. Dans les associations composées d'un petit nombre d'individus, la connaissance personnelle qu'a chacun des contractants, du caractère, de la valeur individuelle de ceux avec qui il s'unit, est le motif déterminant de la convention. C'est là du moins la présomption naturelle. Pour la détruire, il ne faut rien moins qu'une déclaration expresse, qu'une stipulation formelle. A défaut d'une dérogation précise, la règle que la mort d'un associé dissout la société conserve toute sa force. Dans les sociétés nombreuses, où il suffit de fournir sa mise pour être agréé, où les qualités personnelles de chaque associé sont indifférentes, on comprend que des héritiers représentent leur auteur. Ainsi pour peu que les stipulations du contrat révèlent l'intention d'admettre une pareille substitution, on devra reconnaître que les parties ont entendu déroger au droit commun.

« La clause qui autorise chaque associé à transmettre librement ses droits, et qui dispose que les cessionnaires successifs seront membres de la société, est certainement la déclaration virtuelle que les héritiers des associés seront admis en leur lieu et place. Qu'importe que la transmission soit l'effet de la volonté, ou la conséquence de la mort d'un associé? Il n'y a aucune raison pour ne pas accueillir le représentant à titre héréditaire, lorsqu'on admet le successeur à titre onéreux. »

(8) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 471; PERSIL fils, p. 344.

Add. MALEPEYRE et JOURDAIN s'expriment ainsi sur la question : « Pardessus, tout en posant en règle générale que la société en commandite ne suppose pas, de la part des gérants, une confiance personnelle dans les commanditaires, et que les intérêts et les droits des commanditaires ne sont pas modifiés par leur décès, finit par décider que le décès de l'un des commanditaires dissout la société. Les motifs sur lesquels il se fonde sont tirés des droits incontestables qu'ont les commanditaires d'être appelés aux comptes annuels; de prendre connaissance des inventaires et bilans pour la fixation des profits et pertes, et de l'état des affaires; de surveiller la gestion, de demander la rupture de la société pour inexécution des engagements; enfin de faire valoir leurs droits lorsqu'il faut liquider la société. Or, ces droits peuvent être exercés plus ou moins rigoureusement. Les gérants peuvent donc n'être pas indifférents sur le choix des

889. Faisons aussi attention que lors même qu'il y a division du capital par actions transmissibles, l'admission virtuelle des héritiers n'est logique que pour ce qui concerne les commanditaires ; mais la mort du gérant est une cause de dissolution, à moins de stipulation contraire (1). En effet, les commanditaires seuls sont autorisés à se substituer des étrangers, et ce n'est que par rapport à eux que les considérations de personnes ont été éliminées. Mais le gérant est l'administrateur choisi, l'homme jugé nécessaire par son industrie, son expérience ; sa mort change donc les conditions du contrat (2). Il faut l'avis unanime des survivants pour lui donner un successeur, sinon la dissolution est un événement commandé par la loi. Des inconvénients en résulteront quelquefois, on est obligé de l'avouer. Mais les parties peuvent les prévenir, en stipulant dans les statuts que la majorité des actionnaires fera choix d'un autre gérant ; et c'est du reste une précaution que l'on trouve dans la plupart des actes de société rédigés avec soin (3).

890. La mort de l'associé dissout la société de plein droit. Il n'est pas nécessaire que l'associé qui en est instruit la notifie, par un acte en forme, à celui qui ne la connaît pas (4). La dissolution a lieu instantanément, et à l'égard de tous les associés sans distinction (5).

Nous reviendrons du reste, au n° 903, sur cette

---

commanditaires. Il appuie aussi ses motifs de décider ainsi sur la difficulté de concilier diverses volontés substituées à celle d'un seul ; sur la défiance facile à prévoir dans les héritiers qui n'ont plus les raisons d'estime et de confiance qui avaient dirigé leur auteur ; enfin sur la nécessité d'éviter les entraves que peut amener, à chaque incident, la difficulté de transiger avec des mineurs.

« Tous ces motifs ne sont pas par eux-mêmes des raisons péremptoires, car tous existent pour les actionnaires des sociétés anonymes à l'égard de leurs coassociés, comme pour les commanditaires à l'égard des associés responsables. Les membres des sociétés anonymes, comme les commanditaires, ont droit d'être appelés aux comptes de l'administration, de surveiller la gestion, de demander la rupture du contrat pour inexécution des engagements de la part de leurs coassociés. De plus, ils ont le droit de concourir à la composition de l'administration par la nomination des administrateurs, et le pouvoir de les révoquer, droit qui les rend plus influents que les commanditaires, et dont l'exercice peut amener entre les associés des discussions graves ; et cependant on ne peut pas se refuser à reconnaître que la mort d'un associé ne dissout pas les sociétés de ce genre, parce que la loi laisse à chaque associé la faculté de céder ses droits à des tiers sans consulter ses coassociés. Mais si les motifs allégués par Pardessus ne peuvent être des raisons de décider, ils prouvent qu'il est possible que les associés responsables aient pris en considération la personne des associés commanditaires dans la formation de la société, et dès lors ils peuvent servir à repousser toute idée d'une dérogation, pour les associés commanditaires, au principe de dissolution par la mort de l'un des associés. »

(1) *Junge* DUVERGIER, n° 435. Mais, au n° 296, il paraît hésiter.

(2) C'est ce que disait POMPONIUS, l. 50, D. *Pro socio* :

« Quod ipsum, ex causâ, æstimandum est : quid enim si mor« tuus sit, propter cujus operam maximè societas coita sit, aut « sine quo societas administrari non possit ?

(3) Voy. par exemple, statuts imprimés de l'exploitation des houillères d'Unieux et Fraisse, art. 23 ;

Les statuts de la compagnie belge de filtrage, etc. ;

Et autres en grand nombre, qui sont passés sous nos yeux.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 435, où il dit : « En conséquence, on a pensé que les associés peuvent faire choix d'un nouvel administrateur, par une délibération prise à la majorité.

« On trouve ce principe posé dans beaucoup d'actes de société, et nul ne doute qu'une pareille stipulation ne soit licite et sage. Mais quand elle n'est pas écrite, il est impossible de la suppléer. En vain, la majorité dira que l'intérêt de tous exige que la société continue ; la minorité qui est d'une opinion opposée n'est pas obligée de céder, car il ne s'agit pas de prononcer sur une opération de l'administration. C'est un nouveau contrat qu'on propose de former ; le consentement de tous les intéressés est nécessaire.

« Souvent, sans doute, la nature d'une entreprise détermine seule à entrer dans la société formée pour son exploitation ; quelquefois les statuts sociaux restreignent tellement les pouvoirs du gérant, que sa capacité et sa moralité sont presque indifférentes ; cependant, il n'est jamais possible d'affirmer qu'un associé eût consenti à confier ses capitaux à un administrateur autre que celui que nomme l'acte constitutif. Partant, on ne peut le contraindre à rester dans l'association, lorsque l'administrateur de son choix, ou si l'on veut, de son goût, est décédé. L'associé qui résiste ainsi à la volonté du plus grand nombre, n'a pas besoin d'indiquer les motifs de sa répugnance pour tel ou tel administrateur proposé par la majorité. Des renseignements qu'il ne croit pas devoir communiquer, des soupçons même légèrement conçus l'éloignent de la nouvelle combinaison qui lui est offerte ; il n'en doit compte à personne. Sa volonté, en un mot, est aussi libre que le jour où s'est faite la première convention.

« Cette solution a des inconvénients, je le sais ; elle aura quelquefois pour résultat de sacrifier à l'aveugle et opiniâtre résistance d'un ou de plusieurs associés l'intérêt du plus grand nombre ; même en certains cas elle favorisera des combinaisons frauduleuses. Mais croit-on que la doctrine opposée n'aurait pas aussi de funestes conséquences ? Souvent elle donnerait à des majorités réelles ou factices le moyen d'opprimer la minorité. Entre des dangers à peu près égaux, il n'y a point de raison pour faire fléchir les principes ; on ne peut que former des vœux pour que la législation reçoive les perfectionnements dont cette discussion révèle la nécessité.

« Au demeurant, ce qui est dit de la mort de l'administrateur est applicable à tous les cas où, par un événement quelconque, il est exclu ou se retire de la société. »

(4) ALEXANDRE, cons. 60, lib. VII ; FELICIUS, cap. XXXII, n° 12.

(5) Arg. de l'art. 1868 : « En égard à la situation de cette so« ciété sous sa siècle. » STRACCHA, *Decis. rotæ Genuæ*, 71, n°s 1 et 2.

Add. Op. conf. de FAVARD, *Société*, p. 230, n° 2, où il ajoute : « Le second effet de la dissolution de la communauté par la mort de l'un des associés, dit Pothier, n° 146, est qu'elle la dissout même entre les associés survivants, à moins que par le contrat de société on ne fût convenu du contraire : *Morte unius socii societas dissolvitur, et si consensu omnium coita sit, plures verò supersint ; nisi in coeundâ societate aliter convenit* (l. 65, § 9, ff. *Pro socio*).

« Merlin dans ses *Quest. de droit*, v° *Société*, t. VI, § 9, adopte complétement cette doctrine, et soutient qu'elle s'étend à toutes les causes de dissolution établies par l'art. 1865 du code civil, ce que nous croyons très-exact. »

Jurisprudence. — Il n'y a pas par cela seul continuation de société, lorsqu'à la mort d'un négociant sa veuve et ses enfants ont sans interruption, sans inventaire, sans liquidation préalable, continué sous la raison *veuve une telle et fils* le commerce que ce négociant faisait sous la raison *un tel et compagnie*.

Alors même qu'ils auraient payé des dettes par lui contractées sous cette raison.

Les actions des créanciers de l'ancienne société ont dû être intentées comme les actions ordinaires contre les héritiers détenteurs de la succession (4 août 1807, cour d'Agen ; SIREY, VII, 2, 1201 ; PERSIL, p. 224).

— Les créanciers personnels d'un associé peuvent, en cas de décès de leur débiteur, et comme exerçant ses droits, provoquer la liquidation de la société. A cet égard, ils doivent procéder comme les associés eux-mêmes, devant des arbitres forcés (3 juin 1834, Paris ; SIREY, XXXIV, 2, 440).

proposition, qu'il faudra combiner avec quelques autres idées qui semblent, au premier coup d'œil, la contrarier.

891. La dissolution dont il s'agit produit, du reste, des effets qu'il faut apprécier sous un triple aspect : 1° par rapport aux héritiers du defunt; 2° par rapport aux coassociés; 3° par rapport aux tiers.

892. En ce qui concerne les héritiers, une distinction est nécessaire entre les actes accomplis avant le décès, et les actes survenus postérieurement.

Les premiers sont des faits acquis et sur lesquels la mort de l'associé ne peut avoir aucune influence. Toutes les actions actives ou passives qu'ils engendrent passent donc aux héritiers (1). Car si la société est finie, les obligations dérivant de la société durent encore. *Finitur quidem societas*, disait très bien le président Favre, *sed non obligatio societatis* (2).

893. Les seconds ne sont pas dans le même cas. Il ne faut pas les juger du même point de vue.

Le défunt peut avoir commencé une opération avant sa mort, sans l'avoir terminée. Son héritier est tenu de la conduire à fin (3). Cependant cette obligation n'est pas absolue; elle cesse à l'égard de l'héritier mineur (4) ou du sexe féminin (5), qui ne sauraient être appelés convenablement à l'administration d'une société.

Elle cesse encore quand l'affaire est de celles qui exigent des qualités particulières et une aptitude spéciale. Les héritiers du défunt ne sont tenus alors qu'à donner avis aux associés de la mort de leur auteur, et à pourvoir en attendant à ce qu'exigent les circonstances pour l'intérêt de la société (6).

894. Les bénéfices et les pertes de l'opération, conduite à fin par les soins de l'héritier, seront communiqués. On considère ici le commencement et non la conclusion de l'opération (7).

Mais, dans tous les cas, l'héritier du défunt doit s'abstenir de rien entreprendre de nouveau.

895. Il peut y avoir des opérations commencées avant le décès par des associés autres que le défunt. Ceux-ci sont tenus à plus forte raison de les terminer, et ils doivent partager avec les héritiers tous les droits ultérieurs acquis par une suite nécessaire de ce qui avait précédé la mort (8). De là cette règle donnée par Straccha : « Societatis effectus durat, exstinctâ societate, donec pertinentia sint exacta (9). » Ainsi, Pierre et Paul se sont associés pour acheter des grains et les revendre. Des achats ont été faits par Pierre à Odessa, et Paul, les ayant reçus à Marseille, part pour l'Espagne afin d'en opérer la revente. Il apprend en route que son associé est mort. Il n'importe : il doit continuer son voyage; et les bénéfices de l'opération seront mis en commun, de même que les pertes (10). Ces bénéfices et ces pertes proviennent *principaliter et immediatè* de l'opération (11). Ainsi se vérifie cette règle du jurisconsulte Paul : « Quæcumque « que *prioris negotii explicandi causâ* geruntur, nihilominùs refert quo tempore consumnientur, sed « quo tempore inchoarentur (12). »

896. Mais si l'associé, ayant trouvé en Espagne une occasion de faire de nouveaux achats, avait réalisé des bénéfices sur cette opération commencée après la dissolution de la société, il n'en devrait aucun compte aux héritiers de son coassocié. Cette opération serait individuelle et non sociale. Les nouvelles affaires sont pour le compte de celui qui les entreprend (13).

897. Quant aux fruits et autres émoluments que la chose sociale a produits depuis la dissolution de la société, il va sans dire qu'il faut les rapporter à la masse (14).

898. Il en serait autrement si les choses, au lieu d'appartenir à la société en toute propriété, n'avaient été apportées à la société que pour la jouissance seulement; la dissolution de la société ferait cesser de plein droit la jouissance sociale, et les fruits de cette chose appartiendraient depuis le jour de cette dissolution à celui des associés qui en est propriétaire (15).

899. *Quid*, s'il s'agissait de fruits pendants par racine, dont la récolte aurait été préparée par les travaux de la société? Suivant Pothier, les fruits appartiennent à l'associé propriétaire, sauf à lui à rembourser à la société les frais de labour, semence, etc. (16). J'aimerais mieux décider qu'ils appartiennent à la société, parce que, conformément à l'art. 1868 du code civil, ils sont la suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé (17).

900. Voyons maintenant les effets de la mort par rapport aux associés.

D'abord, nous supposerons que la mort leur est connue, et alors tout ce que nous avons dit des opérations terminées avant le décès, de celles qui ont été commencées avant mais conclues depuis, enfin de celles dont le principe est postérieur au décès, est ici applicable.

901. Mais il faut supposer ensuite que les associés, ayant ignoré le décès, ont entamé des opérations pour la société. L'ignorance produira ici les mêmes effets que dans le mandat (18). Elle valide ce qui a été fait. « Quod si, dit le jurisconsulte Paul, integris « omnibus manentibus, alter decesserit, deinde tunc « sequatur res de quâ societatem coiverant; tunc « eâdem distinctione utimur, quâ in mandato, ut si « quidem ignota fuerit mors alterius, *valeat societas*; « si nota, non valeat (19). »

(1) PAUL., l. 65, § 9, *Pro socio*.
(2) *Ration.*, sur cette loi.
(3) POMPONIUS, l. 40, D. *Pro socio* : « Quæ per defunctum « inchoata sunt, per hæredem explicari debent. »
POTHIER, n° 155; CUJAS sur la loi 65, § 10, D. *Pro socio*. (Lib. XXXII, Pauli ad edict.)
(4) FAVRE sur cette loi, par arg. de la loi 1, D. *de fidej. nominat. et hæred. tutor.*
Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 437.
(5) Arg. de la loi 3, D. *de reg. juris*.
(6) Art. 2010 du code civil.
(7) PAUL., l. 21, § 2, D. *de negotiis gestis*.
(8) Arg. de l'art. 1868; PAUL., l. 65, § 2, D. *Pro socio*; ULPIEN, l. 63, § 8, D. *Pro socio*.
(9) Décis. 71, n° 7.
(10) PAUL., l. précitée.
(11) FELICIUS, cap. XXXII, n° 57.
(12) L. 21, § 2, D. *de negot. gestis*.
Add. Op. conf. de DELVINCOURT, *Inst. droit comm.*, liv. I, tit. III.
(13) POTHIER, n° 156.
(14) L. 65, § 9, D. *Pro socio* (PAUL.); POTHIER, n° 160.
(15) POTHIER, n° 158.
(16) Arg. des art. 231, cout. de Paris et Orléans, art. 208, relatifs à la communauté entre mari et femme. *Junge* art. 1401 du code civil; TOULLIER, t. XII, n° 122.
(17) Blois, art. 185, contraire à Paris et à Orléans.
(18) PAUL, l. 65, § 10, D. *Pro socio*. Art. 2008 et 2009 du code civil; POTHIER, n° 156.
(19) PAUL, l. 65, § 10, D. *Pro socio*.
Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 438, où il cite dans ce sens : DESPEISSES, tit. III, sect. III, § 5, n° 4, et DELVINCOURT.

La société conserve donc son existence par l'effet d'une fiction nécessaire, et les actes sociaux faits de bonne foi, dans les circonstances données, enchaînent les héritiers de l'associé décédé, soit qu'ils soient majeurs, soit qu'ils soient en état de minorité. *Valet societas.*

902. Pour mettre en lumière cette vérité, Pierre de Ubaldi (1) cite pour exemple deux personnes associées pour le commerce des draps. Et il veut que les bénéfices et les pertes, faits par l'une d'elles sur les opérations exécutées depuis la mort de l'autre, qu'il ignorait, soient partagés avec les héritiers du défunt. C'est aussi ce qu'enseigne Voet (2).

Mais telle n'est pas l'opinion d'Alexandre (3) et de Felicius (4). Ce serait, suivant eux, fausser la comparaison que le jurisconsulte romain a si sagement faite entre le mandat et la société. Pourquoi le mandat se soutient-il, malgré la mort du mandant ignorée du mandataire? C'est pour que celui-ci n'éprouve pas de perte, et non pas pour que le mandant fasse un profit (5). C'est pour que l'office rendu par le mandataire à son commettant ne lui soit pas dommageable. Aussi, les interprètes ne font-ils survivre à l'expiration du mandat que l'action *mandati contraria* (6). De même, si la société est censée continuer, c'est pour que le gérant ne soit pas victime de sa bonne foi et de son ignorance; mais elle ne continue pas pour que l'associé soit forcé de communiquer aux héritiers du défunt les bénéfices d'une bonne opération qu'il veut se réserver propre. La fiction étant établie dans son intérêt, il est maître d'y renoncer quand son intérêt le lui conseille (7).

Cette manière d'interpréter la pensée de Paul ne manque pas d'habileté. Est-il juste cependant que l'héritier soit condamné à souffrir le dommage quand il ne pourra pas profiter du gain? Une telle inégalité convient-elle aux idées que l'on doit se faire de la société? Ne fausse-t-elle pas surtout le texte de Paul, qui décide en toutes lettres que la société subsiste (*valeat societas*)? Et si la société est encore debout, est-il permis de rendre la perte commune, sans rendre l'avantage commun?

Il est vrai que Paul invoque à l'appui de sa décision les principes du mandat. Mais c'est seulement en ce sens, qu'ici, comme dans la matière du mandat, l'ignorance valide ce qui est nul de soi. Mais Paul n'ajoute pas que les conséquences de la convalidation seront identiques dans le mandat et dans la société. Bien loin de là! En faisant porter sur la société même les effets conservateurs de l'ignorance du décès, il donne hautement à entendre qu'il n'y a pas à distinguer entre les associés, comme l'on distingue entre le mandant et le mandataire, et que nécessairement le gain et la perte se doivent partager.

903. Il reste à nous occuper de la dissolution pour cause de décès par rapport aux tiers.

Ici encore nous retrouvons l'ignorance et la bonne foi venant au secours de ceux-ci, et les sauvant de ce qu'une trop brusque solution de continuité aurait de préjudiciable pour eux (8). On ne leur a pas fait connaître la crise dont la société a été affectée (9), et ils ont eu juste sujet de croire qu'elle conservait son organisation intacte; par suite de cette erreur de fait, ils ont livré des fonds, fait des payements, des fournitures, etc. : tous ces actes engagent les ci-devant associés (10).

Ils engagent aussi les héritiers du défunt (11).

Écoutons Straccha (12), dont je traduis les paroles :

« Quand la société a été faite avec un terme, par exemple pour cinq ans, si ce temps est expiré, les contrats passés avec les tiers n'engagent pas la société, quand même les contractants auraient ignoré la dissolution. C'était à eux à se faire représenter le contrat et à se mettre au courant de la position de celui avec qui ils ont traité. ***Mais il en serait tout autrement si la société était pure et simple, et qu'elle fût dissoute*** (13). Paul de Castro (14), consulté sur ce point, nous apprend qu'il fonda sa réponse sur cette distinction, et qu'il eut l'approbation des jurisconsultes les plus éminents (15). »

Ces principes ont paru si graves à la cour royale de Dijon, que, sur la demande d'un créancier dont le titre était postérieur au décès de l'un des associés, elle a déclaré en faillite la société dont cet associé avait fait partie, quoique les causes de déconfiture ne fussent ni antérieures à ce même décès, ni même contemporaines de cet événement.

Bailly et Robert étaient associés pour l'exploitation d'une forge.

Le 25 janvier 1837, décès de Robert laissant des enfants mineurs. Depuis plusieurs années, mais après la mort de Robert, la maison Coste de Châlons avait ouvert un crédit à l'établissement qui, à ce qu'il paraît, avait conservé la même raison sociale. Son découvert était de 8,000 fr.; ces fonds avaient été employés aux besoins de l'usine.

13 août 1839, jugement qui, sur la demande de la maison Coste, déclare la faillite de la société *Bailly et Robert*.

Appel devant la cour de Dijon, et là, question de savoir si on a pu déclarer la faillite d'une société déjà dissoute par le décès d'une des parties; surtout lorsqu'à l'époque de ce décès elle n'était pas au-dessous de ses affaires, et que le créancier qui poursuit la faillite n'a que des titres postérieurs à la dissolution.

Arrêt de la cour de Dijon, du 11 décembre 1839, qui maintient la déclaration de faillite, parce que le décès, comme toutes les autres causes de dissolution, doit être rendu public par les voies légales (article 46 du code de commerce); que la maison Coste l'a ignoré de bonne foi.

Cet arrêt a été dénoncé à la chambre des requêtes, qui, par arrêt du 11 mai 1841, a prononcé l'admission du pourvoi, au rapport de Duplan.

Voici ce qu'on disait, tant pour soutenir l'arrêt que pour l'attaquer :

L'article 46 du code de commerce dit : « *Tout*

(1) *De duobus fratribus*, part. 11, n° 8.

(2) *Ad pand. Pro socio*, n° 23.

(3) Cons., lib. VII, cap. LX, n° 2.

(4) Cap. XXXII, n° 60.

(5) Si per ignorantiam impletum est (mandatum) competere actionem *utilitatis causâ*, dicitur (L. 26, D. *Mand.* PAUL, lib. XXXII, *Ad edict.*).

(6) Voy. FAVRE sur la loi 26, D. *Mand.*

(7) Sustinetur societas..., ne alter ignorans mortem, gerens damnum patiatur, et non sustinetur ad hoc, ut hæres socii mortui *lucri* partem percipere debeat (FELICIUS, *loc. cit.*).

(8) Voy. *Suprà*, n° 901.

(9) Art. 46 du code de commerce.

(10) POTHIER, n° 157.

(11) *Ibid.*

(12) *De contract. mercator.*, nos 13 et 14.

(13) Contra verò ait si simpliciter, et absque temporis præfinitione, coita societas fuisset, et soluta fuisset.

(14) Sur la loi 1, § Non autem, n° 3, D. *de exercit. act.*

(15) Valentissimos viros ejus responsum probasse, dit STRACCHA.

« *changement ou retraite d'associé, tout changement* « *à la raison sociale*, doivent être rendus publics. »

Faut-il conclure de là que le décès de l'un des associés (qui certes doit être un changemet *à la raison sociale*, ou au moins *une retraite*) n'opère la dissolution à l'égard du mort qu'autant qu'il aura été publié comme les actes de société en général?

Si cela doit se faire, cela ne s'est pas fait.

Mais ne peut-on pas ajouter contre l'arrêt :

1° Les actes de l'état civil qui constatent le décès sont des actes publics.

2° Le but unique de l'article 46 est de prévenir la fraude que des associés pourraient pratiquer à l'égard des tiers par des changements clandestins aux conventions sociales. Or, il n'y a pas lieu de prêter des intentions de fraude dans le cas où la dissolution de la société arrive forcément par le décès de l'un d'eux.

3° Il n'est pas exact de dire que toutes les dissolutions de société sont soumises à la rigueur de la publication.

La société, dit Pardessus, n° 1032, finit *de plein droit* : par l'arrivée du temps stipulé ; par la consommation de l'affaire.... par la mort naturelle et civile de l'un des associés... Vous l'entendez, *de plein droit !*

4° La dissolution par le décès est tellement de plein droit, que les héritiers du défunt ne peuvent participer aux bénéfices des opérations faites postérieurement au décès (article 1868 du code civil).

5° Puis, voyez la conséquence de l'arrêt attaqué. L'associé décédé ne laisse que des *enfants mineurs*. Les mineurs sont, d'après la loi, incapables de faire le commerce; et cependant ils se trouveraient à leur insu, malgré eux, dans une société commerciale! S'il y a eu fraude, elle ne saurait leur être imputée, puisqu'elle n'est ni le fait de leur père, ni le leur : et l'on voudrait leur en faire supporter la responsabilité!

6° Enfin, d'après l'article 437 du code de commerce, pour pouvoir déclarer la faillite d'une personne décédée, il faut que cette personne soit morte insolvable; de plus, la déclaration de faillite ne peut être prononcée que dans l'année qui suivra le décès. Ici Robert est mort *in bonis*. Il a été déclaré en faillite plus d'un an après son décès.

Telles étaient les six raisons capitales sur lesquelles on fondait la critique de l'arrêt.

Depuis, et le 18 janvier 1843, la même question s'est représentée, au rapport de Hardouin.

Tilorier père avait établi à Voizon une maison de commerce, sous la raison sociale *Joseph Tilorier père et fils et comp.* Il avait pour associés Joseph-François Tilorier son fils, et Martin son gendre.

Tilorier père était mort en 1819, et (chose extraordinaire) cet événement n'avait apporté aucun changement à la raison sociale. La maison continua à être exploitée par le fils et par le gendre.

En 1830, Joseph-François Tilorier mourut, laissant deux enfants mineurs sous la tutelle de leur mère.

Ni l'associé survivant, ni la mère tutrice, ne publièrent la dissolution de la société, aux termes de l'article 46 du code de commerce.

Il paraîtrait toutefois résulter du point de fait de l'arrêt, que les créanciers rapprochés de leur débiteur, ayant avec lui des rapports fréquents, n'avaient pas ignoré son décès. Ce qui le prouverait encore, c'est que les immeubles dépendants de sa succession furent adjugés après publication et affiches, dans la forme prescrite pour les successions bénéficiaires. Enfin, Martin, associé survivant, prit la qualité de liquidateur avec la veuve. Mais (ce qui doit être soigneusement remarqué) il continua à tenir les écritures sous l'ancienne raison sociale, et donna à son commerce une grande extension.

Cet état se prolongea longtemps. En 1841, il déposa son bilan et celui de la société *Joseph Tilorier père et fils et comp.*

Un jugement du tribunal de commerce de Grenoble, du 6 mars 1841, déclara cette société en faillite.

La veuve et les enfants Tilorier firent opposition à cette décision, attendu que la société avait été dissoute en 1830 par le décès de Tilorier; mais ils succombèrent, et la cour royale de Grenoble, par arrêt du 27 juillet 1841, maintint, sur leur appel et sur celui des créanciers personnels de Martin, la société en état de faillite à l'égard des tiers.

L'intérêt de la cause concernait plus particulièrement les créanciers personnels de Martin. Et voici comment. S'il était jugé que la société avait continué, les créanciers de cette société, ayant une action solidaire contre chacun des associés, épuisaient tout l'actif de feu Tilorier, au préjudice de Martin, qui avait 200,000 fr. à recouvrer contre ladite société, et par conséquent au préjudice des créanciers personnels de Martin.

Si, au contraire, la société avait été dissoute, les créanciers de la société, ayant laissé écouler les cinq ans dont parle l'article 46 du code de commerce, n'avaient d'action que contre Martin considéré comme liquidateur. Ils se trouvaient sur la même ligne que les créanciers personnels de Martin, en ce qui concerne l'actif de la succession bénéficiaire Tilorier.

Les créanciers personnels de Martin se sont donc pourvus seuls en cassation.

Ils ont argumenté de l'article 1861 du code civil.

Ils ont écarté l'article 46 du code de commerce, en disant que cet article avait voulu prévenir les inconvénients des dissolutions frauduleuses, et que la dissolution par décès était toujours exempte de ce vice. Comment croire, d'ailleurs, que le législateur ait voulu punir des héritiers, et surtout des héritiers mineurs, d'une faute qui n'est pas la leur?

D'ailleurs, le décès d'un négociant comporte toujours une certaine publicité.

On invoqua un arrêt de la cour de Bourges du 30 janvier 1830 (1). On ajouta cette considération : Les héritiers mineurs n'auraient pu contracter, par eux-mêmes ou par leur tuteur, une société. Comment donc le tuteur pourrait-il opérer une continuation de société? Les intérêts des mineurs peuvent-ils être ainsi laissés à l'arbitraire des tuteurs?

On argumentait ensuite de l'opinion de quelques auteurs, qui vont même jusqu'à soutenir que nonobstant toute stipulation, la société ne peut continuer avec les héritiers mineurs (2).

Enfin on insistait sur l'article 437 du code de commerce.

Après avoir entendu ces raisons, la chambre des requêtes de la cour de cassation prononça l'admission. Ainsi la chambre civile est doublement saisie de la question. Confions-nous dans ses lumières pour la décision à intervenir.

Quant à présent cependant, je veux faire remar-

(1) Dalloz, XXX, 2, 234. Je le cite au numéro suivant, et je montre dans quelles circonstances il a été rendu.

(2) Duvergier, n° 532. Mais l'on verra *infrà*, n° 954, que cette opinion ne doit pas être suivie.

quer que l'admission prononcée par la chambre des requêtes, ne doit pas être tout à fait expliquée par une adhésion de la cour à tous les moyens de droit des deux pourvois, mais que le point de fait exerça une grande influence. Pour mon compte, je dois le déclarer, ce qui me frappa surtout, c'est que, d'après certaines circonstances contenues dans les qualités, les tiers avaient eu une connaissance positive de la dissolution. Or, comme on le verra au numéro suivant, cette connaissance, telle quelle, suffit pour empêcher la continuation de la société, et il n'est pas absolument nécessaire que la dissolution soit publiée conformément à l'article 46 du code de commerce. J'ajoute que d'autres points de fait venaient se joindre à celui-là pour empêcher qu'à mes yeux la question se présentât aussi nette et aussi dégagée que les pourvois le supposaient : c'est pourquoi je me réunis, sans répugnance et sans difficulté, à l'opinion qui jugea qu'un débat contradictoire, devant la chambre civile, était indispensable.

Mais, ici, je dois me placer hors de ces entraves particulières, et examiner, abstraction faite de tout conflit sur la position relative des parties, une pure thèse de droit; je laisse donc à l'écart tout ce que les espèces ont de moyens puissants pour faire changer la physionomie d'un point de droit; car je n'ai parlé des deux cas jugés à Dijon et à Grenoble, que pour mieux fixer les esprits sur la grande importance pratique de la doctrine enseignée par Straccha et par Pothier. Je suppose, en conséquence, que le tiers a positivement ignoré la dissolution; que, suivant la confiance de la raison sociale employée pour capter son crédit, il a été de bonne foi; alors on ne peut s'empêcher de reconnaître, qu'en pur droit, les objections présentées contre les arrêts de Dijon et de Grenoble n'ont plus la même solidité.

Un premier point domine : c'est l'ignorance de la dissolution de la société qui fait vivre cette société à l'égard de ceux qui ont eu la croyance raisonnable de son existence. Nous avons vu, au numéro 901, la preuve incontestée de cette vérité entre associés : *Valet societas*, disait la jurisconsulte Paul pour ce qui les concerne; la société est censée durer malgré le décès, en vertu d'une fiction empruntée à la théorie du mandat. Par la même raison, elle doit aussi se continuer fictivement, à l'égard des tiers qui ont contracté avec elle dans l'ignorance de la dissolution. Il n'est pas possible de trouver un motif de différence entre ces deux situations; les raisons de conformité sont au contraire nombreuses et palpables.

D'abord, on pourrait se demander pourquoi l'héritier du défunt est tenu de tous les actes, que le coassocié a faits après le décès ignoré de lui, et pourquoi il ne serait pas tenu à l'égard des tiers placés dans la même ignorance. Est-ce que cette ignorance ne doit pas être, dans les deux cas, une même sauvegarde?

Mais ce qui tranche tout, c'est la comparaison que Paul faisait tout à l'heure entre le mandat et la société (1) : « Tunc eadem distinctione utimur quâ in « mandato. » Suivons, en effet, cette comparaison jusqu'au bout : nous y sommes impérieusement forcés, non pas seulement parce que Paul nous le conseille, mais parce que la matière nous le commande. Car les associés en nom collectif sont mandataires les uns des autres pour tout ce qui tient au commerce entrepris; et quant aux sociétés civiles, outre que les associés sont censés avoir un mandat tacite pour certains actes dont nous avons parlé au n° 1859, il arrive si souvent d'y trouver un gérant institué, que l'on peut dire que la société est, pour ainsi dire, inséparable du mandat. D'ailleurs, quand nous supposons que des tiers ont été mis en jeu, et qu'ils viennent exercer un recours contre la société, nous sous-entendons nécessairement que l'associé avec qui ils ont traité, *nomine sociali*, avait pouvoir d'obliger la société. Nous sommes donc ramenés d'une manière inévitable aux principes du mandat, et Paul a mis le doigt sur la vraie raison de décider.

Or, que nous disent ces principes? Que lorsqu'un mandataire, quoique connaissant le décès, a cependant traité avec des tiers qui l'ignoraient, ceux-ci ont une action contre les héritiers du mandant (2); car, dans tous les cas où le mandat est dissous, « les enga-« gements du mandataire, dit l'article 2009, sont « exécutés à l'égard des tiers de bonne foi (3). » La raison en est simple et tranchante : le mandant doit s'imputer d'avoir choisi un mandataire infidèle. Il est responsable envers les tiers, de la confiance que ceux-ci ont accordée, sur sa recommandation, à un homme qui ne la méritait pas. Ses héritiers, qui le représentent, doivent donc ratifier ce qui s'est fait; autrement, la bonne foi serait trompée, et il n'y aurait aucune sûreté à traiter avec un mandataire.

Et cette responsabilité des héritiers, ce n'est pas seulement dans le cas où ils sont majeurs qu'elle vient les atteindre; c'est encore dans le cas où ils sont mineurs. Ici, le crédit l'emporte sur la faveur de la pupillarité. Les mineurs avaient, en effet, un tuteur qui pouvait empêcher l'action du mandataire; les tiers, au contraire, avaient une juste cause d'ignorance, qui ne leur permettait pas de s'en défier.

Ecoutons, au surplus, les lois romaines qui, comme on le sait, donnèrent tant de protection à la cause pupillaire. Voyons-les placer la bonne foi et le crédit au-dessus de la minorité : « Si impubes, di-« sait Paul, patri habenti institores, hæres exstiterit, « deinde cum his contractum fuerit, dicendum est « in pupillum dari actionem *propter utilitatem pro-« miscui usus* (4). »

Même décision dans Ulpien : « Sed si pupillus « hæres exstiterit ei qui præposuerat, *æquissimum « erit pupillum teneri quandiù præpositus manet.* « Removendus enim fuit a tutoribus, si nollent operâ « ejus uti (5). »

Telles sont les règles par lesquelles les Romains donnaient protection à leur commerce. Nous ne sommes pas moins accessibles que ce peuple à ces grandes raisons d'utilité publique et de loyauté. L'art. 2009 de notre code civil en est la preuve. Dans toutes les affaires civiles ou commerciales, nous voulons qu'il y ait sûreté dans les transactions, respect pour la bonne foi.

(1) *Suprà*, n° 901.

(2) Art. 2005, 2008, surtout 2009 du code civil.

(3) ZACHARIÆ, t. III, p. 135, 136; DELAMARRE et LEPOITEVIN, *Traité du contrat de commission*, t. II, n° 445, *in fine*.

(4) Voici le comm. de FAVRE sur cette loi : « Sed tamen non « usquè adeò favendum pupillo est, ut non potior esse debeat « causa ipsius reipublicæ... Utilitas porrò reipublicæ, maximè « circa commerciorum libertatem versatur, quam Paulus hic eleganter vocat *utilitatem promiscui usus*, cum, sine commercio-« rum libertate, neque augeri neque subsistere respublica possit. « Nihil autem est quod exercendis commerciis et propagandis « tantoperè prosit, *quantùm si publicè ac bonâ fide contra-« hentes sciant se certò contrahere.* (L. 24, § 1, D. *de minorib.*).

(5) L. 11, D. *de instit. act.*

Il faut donc dire avec Paul : *Valet societas*. C'est sans doute une fiction ; mais une fiction produit les effets de la réalité.

Partant de là, la conclusion se présente à tous les yeux.

Puisque la société est censée vivre, c'est donc elle qui a continué à agir dans le rôle qu'elle avait primitivement ; c'est elle qui a emprunté, qui a engagé sa foi. Qu'on cesse dès lors de mettre en scène ceux qui la composent, pour faire ressortir des invraisemblances, ou pour appeler sur eux l'intérêt du juge. La société est distincte, comme personne morale, des associés. Ce n'est pas Titius qui a contracté ; ce ne sont pas ses héritiers mineurs qui ont fait le commerce. C'est la société Titius, Caius et compagnie.

Si cette société vit par une fiction que la jurisprudence a toujours sanctionnée, ne dites pas qu'on la déclare en faillite plus d'un an après sa dissolution et pour des causes postérieures au décès d'un de ses membres. Cette mort, cette dissolution sont des faits que la fiction veut qu'on ne prenne pas en considération. *Valet societas*; elle n'est pas dissoute ; elle est encore en pleine activité.

Ceci n'empêche pas que la dissolution de la société par la mort n'agisse de plein droit, ainsi que je l'ai dit au numéro 890 (1). Si, en effet, la société n'avait pas continué à agir, si elle se fût arrêtée avec le décès de Robert, elle aurait été instantanément dissoute ; on n'aurait pas fait dépendre sa fin d'une notification, d'un jugement ; le mouvement serait cessé de plein droit, et à l'égard de tous, au moment du décès.

Mais tel n'est pas l'état des choses. La société a voulu se survivre à elle-même ; elle a cherché la confiance des tiers par l'emploi du crédit et du nom social. Les tiers de bonne foi et ignorant la vérité ne font que lui opposer la loi qu'elle s'est faite : *Valet societas*. Ils ne sont pas obligés de savoir, alors surtout que la société n'est pas de celles qu'on a dû publier, si les parties n'avaient pas stipulé que la mort ne serait pas une cause de dissolution. Ils sont, dans tous les cas, plus favorables que les associés qui, malgré la dissolution à eux bien connue, ont agi ou laissé agir sous le nom social. Ils ne doivent pas surtout être responsables de l'imprudence des associés, qui ont mal placé leur confiance dans un gérant capable d'outre-passer son mandat.

Et, dès lors, on s'aperçoit qu'il n'est pas aussi difficile qu'on le suppose de prêter des intentions de frauder dans le cas d'une dissolution pour cause de décès. Malgré la publicité des actes de l'état civil, dont on argumente, on ne peut cependant pas exiger que le décès d'un associé soit connu de tous les correspondants de la société, sur toutes les places de commerce où elle opérait. Or, voilà cette société qui, au lieu de signaler l'événement dont elle vient d'être frappée, le dissimule et continue à se servir du crédit social ; ta voilà qui encourage et autorise l'ignorance des tiers, dont les occupations ne sont pas précisément de parcourir, tous les jours, les registres de décès de toutes les villes avec lesquelles ils font des affaires. Et il n'y aurait pas là un fait qui légitime la fiction de droit, et la rend nécessaire aux yeux de la raison (2) !

Peut-être direz-vous que s'il y a fraude, du moins elle ne devrait retomber que sur le gérant, et non pas sur les associés qui n'y ont pas coopéré, et encore moins sur les héritiers du défunt, qui en sont innocents. Mais je réponds que les tiers n'ont pas à souffrir de la négligence que les coassociés et les héritiers ont mise à arrêter les opérations sociales : c'était à eux à veiller à ce que rien de nouveau ne fût entrepris. Ils devaient faire que la dissolution produisît ses effets légaux par la cessation des pouvoirs du gérant. Ils le pouvaient. Les tiers, qui ignoraient tout, ne le pouvaient pas.

Voici donc comment tout ceci doit se résumer :

Des personnes se sont associées, qui ont fait appel au crédit en lui disant : « Vous aurez confiance dans « notre instituteur ; vous aurez confiance dans sa si- « gnature. » Puis, est intervenu un événement inconnu des tiers, qui dissout cette société ; et cependant ils laissent l'instituteur agir comme si la société durait toujours ; ils souffrent que les tiers, étrangers à tout ce qui se passe entre eux, continuent à avoir dans cet instituteur la confiance qui leur a été demandée. Ils pourraient dire un mot, ils ne le disent pas. Quel est le sens de ce silence ? n'est-ce pas le cas de ce que les jurisconsultes appellent *scientia et patientia* (3), et qu'ils assimilent à une approbation formelle ? D'un autre côté, où serait la justice de rendre les tiers responsables d'un abus de confiance, dont les suites doivent plus logiquement retomber sur ceux qui ont mal choisi leur représentant, et sur ceux qui leur ont succédé ? Il faut donc répéter ici ces graves paroles qu'Ulpien prononçait précisément dans la matière qui nous occupe : *Neque enim debent decipi contrahentes* (4). Il est du devoir des jurisconsultes de se prononcer avec les lois romaines, avec Pothier, Straccha, Paul de Castro, du côté d'une fiction réclamée par les intérêts du commerce et par la bonne foi : *Valet societas*.

904. Au surplus, je le répète, si les tiers avaient eu connaissance du décès, par des circonstances de nature à ne pas leur laisser de doute sur la dissolution de la société, cette dissolution les atteindrait ; elle les atteindrait même de plein droit.

Lors même que la société serait commerciale, ils ne seraient pas fondés à prétendre qu'ils n'ont pu se tenir pour légalement avertis, que par l'observation des formalités prescrites par l'art. 46 du code de commerce. Une connaissance quelconque de la mort est suffisante pour empêcher à leur égard la continuation fictive de la société (5). Ils n'ont plus cette bonne foi, qui rendait leur position plus favorable que celle des héritiers ; il ne sont plus dans cette ignorance, que le crédit veut qu'on respecte parce qu'elle est sincère. La fiction disparaît, et l'on rentre dans la vérité.

§ 4.

905. Une quatrième cause de rupture de la société, c'est la mort civile, imitation de la mort naturelle (6) ;

Ou bien, l'interdiction (7), qui enlève à la société la coopération personnelle sur laquelle elle avait compté (article 1871) (8), pour lui substituer l'action d'un tuteur, c'est-à-dire, d'un étranger (9) ;

---

(1) Voy. encore le numéro suivant.

(2) Arg. d'un arrêt de la cour de Toulouse, du 16 janvier 1835, confirmé en cassation par arrêt de la chambre civile, du 16 mai 1838 (SIREY, XXXVIII, 1, 837, 838).

(3) FAVRE sur la loi 11, D. *de instit. act.*

(4) L. 11, § 5, D. *de instit. act.*

(5) Arg. d'un arrêt de la cour de Bourges, du 30 janvier 1830 (DALLOZ, XXX, 2, 134). Il est vrai que cet arrêt est rendu dans une espèce où jamais la société n'avait été publiée, et où elle n'avait acquis d'existence que par des faits matériels.

(6) Art. 25 du code civil ; ULPIEN, l. 209, D. *de reg. juris.*

(7) ULPIEN, l. 63, § 10, D. *Pro socio* ; MODESTIN, l. 4, § 1, D. *Pro socio*; FELICIUS, cap. XXXII, n° 2, et cap. XXXIII, n° 1 ; POTHIER, n° 147.

(8) *Infrà*, n° 1081.

(9) Add. DUVERGIER dit, n° 433 : « La société est dissoute

Ou bien enfin, la déconfiture de l'un des associés (1), qui abolit l'égalité entre les membres de l'association (2), fait tomber sur les solvables le poids des obligations à l'acquittement desquelles l'insolvable ne peut contribuer, et troublerait la société par l'intervention des créanciers de l'associé failli (3).

905 2° (4).

906. Lorsque se réalise la déconfiture de l'un des associés, il arrive souvent que la société continue avec les autres associés, malgré le retranchement de l'insolvable : il y a alors société nouvelle : *Nova videtur incipere societas*, dit Justinien dans ses Institutes (5).

Il arrive aussi quelquefois que les associés, pour prévenir une dissolution, n'excluent pas l'associé malheureux et gardent avec lui leur société. Ils en sont les maîtres, c'est la même société qui subsiste. Mais ils doivent supporter sans murmurer l'inconvénient de l'intervention des créanciers de l'insolvable (6).

907. Je dis qu'ils en sont les maîtres, et j'ajoute que les créanciers personnels du failli ne pourraient pas les forcer à se séparer ; c'est à eux qu'il appartient de voir s'il leur convient de conserver leur société ou de la dissoudre. Les tiers n'ont pas à se plaindre, pourvu que la société les fasse jouir des droits de celui qu'ils représentent (7).

908. Du reste, tout ce que nous avons dit ci-dessus, de l'influence de la mort naturelle sur la société, s'applique à la dissolution pour mort civile, interdiction et déconfiture (8).

---

par l'interdiction prononcée pour cause de démence, par l'interdiction qui est la suite de condamnations, par la nomination d'un conseil judiciaire, par la faillite ou la déconfiture de l'un des associés.

« L'art. 1865 n'énonce pas, d'une manière expresse, les deux espèces d'interdiction comme entraînant également la dissolution ; mais l'état de l'interdit étant le même dans l'une et dans l'autre, il est impossible de ne pas lui attribuer les mêmes effets sur la durée de la société. »

(1) MODESTIN, l. 4, § 1, *D. Pro socio* ; *Dissociamur egestate* ; PAUL, l. 65, § 1, D. *Pro socio* ; FELICIUS, cap. XXXIV, nos 24 et suiv. : POTHIER, no 148.

Add. DUVERGIER ajoute, no 441 : « Le texte ne parle pas non plus de la nomination d'un conseil et de la faillite ; mais ces faits apportent, soit à la capacité, soit à la position d'un associé, des modifications semblables à celles qui résultent de l'interdiction ou de la déconfiture : il est donc naturel de les considérer comme des dissolvants aussi actifs. »

Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, no 475, où ils disent : « Si l'art. 1865 ne met pas, en termes exprès, la faillite de l'un des associés au nombre des causes de dissolution, c'est que tout ce qui concerne les faillites ne devait trouver place que dans le code de commerce. La déconfiture est au surplus l'état de faillite des non-commerçants. » Op. conf. de FAVARD, *Société*, p. 231 ; de MERLIN, *Rép.*, vo *Société*.

PARDESSUS dit, no 1065 : « Il est naturel que la faillite d'un des associés donne aux autres le droit de provoquer la dissolution de la société ; ils n'ont plus l'assurance qu'il payera sa part des dettes, en cas d'insuffisance de l'actif social ; ils ne trouvent plus la garantie sur laquelle ils ont dû compter lorsqu'ils l'ont admis. »

DURANTON dit, no 474 : « L'état de faillite est une présomption légale de déconfiture, quoique, de fait, il puisse y avoir faillite sans déconfiture ; car la déconfiture est l'état d'un individu qui a réellement plus de dettes que de biens, tandis qu'il arrive parfois qu'un individu fait faillite les mains pleines. » Op. conf. de DELVINCOURT, *Inst. de droit comm.*

VINCENS dit, t. II, p. 382 : « La différence des effets de la faillite d'un commerçant et de la déconfiture d'un particulier, explique la diversité de mesures et de conséquences que la loi paraît avoir voulu établir sur ces deux accidents dont les dénominations semblaient quelquefois se confondre. »

(2) TREILHARD (FENET, p. 403).

Add. On lit à ce sujet dans FAVARD : « Observons que l'indigence qui résulte de la déconfiture de l'un des associés n'est pas le seul motif qui donne lieu à la dissolution de la société. Dans ce cas elle est encore motivée sur la présomption qu'elle établit de sa conduite, au moins imprudente, et de sa mauvaise administration. Or, la confiance des associés les uns envers les autres étant une des principales bases sur lesquelles repose une société, elle ne doit plus subsister lorsqu'un des associés ne peut plus inspirer à ses coassociés la confiance qu'il leur avait paru mériter au moment de l'association. »

Jurisprudence. — L'expropriation forcée des immeubles formant le fonds et l'objet d'une société a pour effet de dissoudre la société et de rendre chacun des associés propriétaire indivis de ces immeubles.

… Par suite, l'adjudication faite au profit d'un ou plusieurs de ces associés devant être considérée, non comme une vente, mais bien comme une licitation, il en résulte que les adjudicataires ne sont passibles du droit de mutation qu'à raison de la partie du prix qui excède leurs droits sur les immeubles (l. 22 frimaire an VII, art. 69, § 7, no 4). (17 août 1836. Req., Ledoux. DALLOZ, XXXVIII, 1, 91.)

(3) *Infrà*, no 1081.

(4) **Add.** *La nomination d'un conseil judiciaire entraîne-t-elle la dissolution de la société ?* — DURANTON, no 474, enseigne l'affirmative : « Si un associé ne peut, sans le consentement des autres, associer un tiers à la société, c'est évidemment pour qu'un étranger ne vienne pas se mêler d'affaires qu'on n'a point entendu lui rendre communes ; par la même raison, un tuteur, un curateur ou un conseil judiciaire, ne doit pas pouvoir non plus s'en mêler malgré eux, dans un intérêt qui n'est même pas le sien : aussi, dans la prévoyance de ces cas, la loi a-t-elle dû prononcer purement et simplement la dissolution de la société, et c'est ce qu'elle a fait. » Op. conf. de DUVERGIER (voir ci-dessus, no 905, note 9) ; de DELVINCOURT, t. VIII in-8o, p. 311.

Cette opinion est combattue par les annotateurs de ZACHARIÆ, qui toutefois ne motivent pas leur opinion : « Mais, disent-ils, cette nomination peut, suivant les circonstances, autoriser une demande en dissolution. »

(5) *De societate*, § 8.

(6) Paris, 3 juin 1825 (DALLOZ, XXVI, 2, 118).

Add. MERLIN, *Quest. de droit*, vo *Société*, § 9, rappelant le § 8 du tit. XXVI du liv. III des Institutes, enseigne que dans le cas de faillite ou de déconfiture, la société est aussi dissoute de plein droit, tout comme dans les autres cas prévus à l'art. 1865. *Si adhuc consentiant*, disent les Institutes, *nova videtur incipere societas* : donc la société a été rompue de plein droit par la faillite.

« Donc il ne dépend pas des associés du failli de la continuer malgré lui ou malgré ses créanciers qui sont à ses droits.

« Donc ils ne peuvent pas, après la faillite de leur associé, s'opposer à la dissolution de leur société.

« J'avoue que je ne trouve aucune réponse à ce raisonnement. »

Jurisprudence. — Le cessionnaire des actions d'un associé failli, dans une entreprise commerciale, a droit, en cas de refus des autres associés, de l'admettre comme associé, de se faire rendre compte en son propre nom, des opérations de la société (3 juin 1825. Paris, Divat. DALLOZ, XXVI, 2, 118).

(7) PARDESSUS, no 1066 ; DALLOZ, vo *Société*, p. 124 ; PERSIL fils, p. 360.

(8) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN disent, notamment no 476 : « On pourrait néanmoins convenir que la société continuerait d'exister nonobstant la faillite, la déconfiture ou l'interdiction d'un des associés. Cette clause ne serait pas plus illicite que celle par laquelle on stipulerait que la société continuerait d'exister nonobstant la mort de l'un des associés. »

Ils disent aussi, no 477 : « L'interdiction, la déconfiture et la faillite ne doivent, pas plus que la mort naturelle ou civile, dissoudre les sociétés par actions, ou celles dans lesquelles la personne de l'associé interdit ou tombé en déconfiture ou en faillite n'a point dû être prise en considération. »

908 2° (1).
908 3° (2).
908 4° (3).
908 5° (4).

§ 5.

909. La cinquième cause de dissolution de la société, est la volonté de l'une des parties ; *dissociamus renuntiatione,* disait Modestin (5).

Ceci est remarquable.

Les autres contrats ne se dissolvent que par le commun consentement des parties ; c'est un trait particulier de la société, que la volonté d'un des associés de se retirer de l'association en opère la dissolution. Nous verrons par l'art. 1869 (6) les conditions nécessaires pour que cette volonté soit prise en considération.

910. Pour le moment, nous ne nous occuperons que de la dissolution de la société par la volonté de tous (7). Notre article n'en parle pas ; il n'a envisagé que la rupture de la société par la volonté de quelques-uns. Mais notre commentaire ne doit pas la passer

---

(1) **Add.** *L'associé qui meurt avant qu'il y ait eu déclaration de faillite de la société, ne peut être déclaré en faillite après sa mort ?* — Ainsi l'enseigne PERSIL : « Car, dit-il, p. 360, l'époque de la faillite ne peut être fixée que par la retraite du débiteur, ou par la clôture de ses magasins, ou par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter des engagements de commerce, pourvu qu'il y ait cessation de payements ou déclaration de la faillite par le failli lui-même. D'ailleurs il est un argument qui doit imposer silence à ceux qui voudraient soutenir une opinion contraire. La société se dissout par la mort de l'un des associés ; par conséquent tous les effets de la société cessent à cette époque, relativement à la personne de l'associé mort. L'associé qui meurt avant l'ouverture de la faillite, meurt *integri statûs.* (Cour de Rennes, du 6 février 1811. Voir DALLOZ, *Rép.*, v° *Société*, p. 122.) »

(2) **Add.** *La masse de l'associé failli peut-elle provoquer la dissolution de la société ?* — Partant du principe que dans les sociétés illimitées la renonciation non à contre-temps suffit pour provoquer la dissolution, PARDESSUS dit, n° 1065 : « On sent bien que la question posée ne présenterait de difficulté que dans le cas d'une société limitée pour son objet et sa durée.

« Quant aux autres, il nous semble que ce n'est pas le cas d'appliquer les principes que nous avons donnés n°s 1063 et suiv. La faillite n'est pas comme la mort un événement à la fois nécessaire et naturel. Elle est un fait de celui qui s'en trouve frappé, qui ne peut jamais être pour lui, ni pour ceux qui sont à ses droits, un moyen de se dégager de ses obligations. En général, la masse des créanciers d'un failli le représente, est tenue de ses charges, n'a pas d'autres droits que les siens. Que les associés du failli puissent déclarer qu'ils ne veulent plus d'intérêts sociaux et solidaires avec celui qui ne leur présente plus cette sûreté réelle et morale sur laquelle ils ont compté, lorsqu'ils ont contracté avec lui ; rien de plus juste, rien de plus conforme aux vrais principes que nous développerons dans la partie suivante. Mais qu'un associé, ou ce qui est la même chose, ses créanciers, qui ne sont que ses représentants, se fondent sur l'état d'insolvabilité personnelle dans lequel il est tombé, pour dissoudre la société dont il était membre, c'est assurément ce que ni les principes du droit ni l'équité n'autorisent.

« Sans doute, la faillite rend exigibles toutes les dettes du failli ; mais elle ne donne pas à ses créanciers le droit de forcer les débiteurs de leur débiteur à payer avant le terme ; sans doute, les créanciers d'un associé peuvent exercer ses droits, mais ils ne le peuvent autrement qu'il l'eût fait lui-même, et ils doivent attendre l'époque fixée par la convention, pour provoquer la liquidation et le partage.

« Il ne nous paraît donc pas douteux que, lorsqu'une personne tombe en déconfiture ou en faillite, ses associés ne soient fondés à provoquer contre elle, ou contre la masse de ses créanciers qui la représentent, la dissolution de la société. S'ils préfèrent de ne pas la provoquer, ils peuvent ôter au failli l'administration qui lui aurait été confiée, ou l'exclure du droit de souscrire des engagements sociaux quand ce droit appartient à tous. Ils peuvent enfin demander que ce qui formait le fonds de l'association soit séparé de la masse du failli, et s'attribuer la direction et suite de la société, ou, si c'est une simple participation, de l'affaire commune, pour en partager ensuite les résultats avec cette masse.

« Mais la qualité de la société peut faire admettre quelque modification à ces principes. Ainsi, la faillite d'un associé commanditaire qui aurait versé sa mise ne pourrait être pour ses associés un motif de demander la dissolution de la société, puisque son insolvabilité ne leur fait courir aucun risque ; si, au contraire, il n'avait pas encore fait son versement, le droit de provoquer la dissolution serait fondé sur les principes que nous allons donner plus bas, relativement aux effets des engagements d'un associé envers la société. Ainsi, dans les sociétés anonymes, la faillite d'un associé n'empêcherait pas la continuation de la société avec ses créanciers, qui peuvent le représenter, et vendre son action si bon leur semble. » Voyez ci-dessus, n° 906, l'opinion de MERLIN, note 6.

(3) **Add.** *Une société contractée avec une femme non mariée finirait-elle par son mariage ?* — O. LECLERCQ répond : « Je le crois. Le mariage opère sur la femme à peu près les mêmes effets que l'interdiction sur la personne tombée en démence ; elle ne peut plus administrer ses biens sans l'autorisation de son mari ; c'est donc celui-ci qui serait en société, comme le tuteur de l'interdit. Les contrats de l'une et de l'autre sont absolument mis sur la même ligne par la loi. »

(4) **Add.** *La société contractée par un tuteur pour son pupille, finirait-elle à la majorité ou lors de l'émancipation de celui-ci ?* — O. LECLERCQ dit à ce sujet, t. VI, p. 264 : « Nous avons vu qu'un tuteur pouvait, en cette qualité, se mettre dans une société dès qu'il n'aliénait point les biens immeubles de son pupille. Je suppose qu'elle soit contractée pour huit ans, par exemple, et que son pupille en ait dix-sept ; la société continuera-t-elle à la majorité du mineur ? Je le crois. Les sociétaires doivent être considérés, dans ce cas, comme ceux qui ont stipulé d'admettre l'héritier de l'un d'eux dans la société ; ils savaient que le mineur atteindrait l'âge de la majorité pendant la durée de la société ; ils ont donc consenti à l'admettre et à rester avec lui pendant toute sa durée.

« Je suppose, dans ce cas, que le mineur soit émancipé ; la société subsistera-t-elle ? Je crois qu'elle ne subsistera pas. Il y a ici un changement de sociétaire ; il y a la substitution d'une personne à une autre, et elle ne peut avoir lieu sans la volonté expresse des associés. Or, ceux-ci ont bien consenti d'admettre un jeune homme de vingt et un ans ; ils ont consenti de substituer ce jeune homme au tuteur, mais ils n'ont pas consenti à la substitution d'une personne de dix-huit ans. Quoique le mineur émancipé soit déclaré capable d'administrer ses biens, la loi suppose cependant qu'il peut aussi en être inhabile ; qu'il peut faire des fautes, pour lesquelles on n'annulerait pas ses contrats à la vérité, mais pour lesquelles on les réformerait, et les sociétaires ne sont pas obligés de s'exposer à cette chance.

« On me dira qu'ils ont pu prévoir cet événement ou l'émancipation ; je réponds, qu'ils ont aussi pu prévoir la mort de l'un d'eux, et cependant l'héritier n'est pas sociétaire ; cette émancipation pouvait ne pas avoir lieu, tandis que la majorité était inévitable pendant la durée de la société : c'était un événement prévu, qui devait nécessairement arriver ; il y a donc consentement de l'admettre lorsqu'il serait majeur ; mais nous ne trouvons pas ce consentement pour le cas de l'émancipation. »

(5) L. 4, § 1, D. *Pro socio.*

(6) N°s 1055 et suiv.

(7) **Add.** C'est une question de savoir si, lorsque, dans un contrat de mariage, il a été stipulé entre les futurs époux une société ordinaire, cette société peut finir par leur volonté réciproque. Jugé négativement par un arrêt de la cour de Nîmes du 25 frim. an XII (DALLOZ, t. XIX, p. 386).

sous silence. Du reste, ce point est plus intéressant sous le rapport de la forme, que sous le rapport du fond.

Il faut distinguer entre les sociétés de commerce et les sociétés civiles.

Les premières sont soumises à des règles particulières : l'art. 46 du code de commerce (1) veut que la dissolution des sociétés de commerce, avant le terme fixé, soit publiée et enregistrée comme la société même. Mais faisons-y attention! la peine de nullité édictée par cet article n'a de valeur, entre associés, que lorsque la société elle-même a été régulièrement publiée et enregistrée; car si elle ne l'avait pas été, c'est en vain qu'un associé opposerait à l'autre le défaut de publicité et d'enregistrement de la dissolution. L'associé, qu'on voudrait retenir en société malgré lui, aurait toujours la faculté d'en sortir en faisant déclarer nulle la société même, dont la constitution n'aurait pas été officiellement annoncée au public.

Remarquons, en outre, que l'obligation de publier et enregistrer la dissolution n'est imposée par l'art. 46 du code de commerce précité, que pour les sociétés dont la durée a été fixée par le contrat pour un temps que les parties veulent abréger; mais rien de pareil ne gouverne les sociétés d'une durée illimitée.

Supposons maintenant que la dissolution soit dans le cas d'être nécessairement publiée et enregistrée, et qu'on ait encouru la nullité prévue par l'art. 46 du code de commerce. Quels en seront les effets?

Pour répondre à cette question, il suffit de se reporter à la doctrine que nous avons exposée ci-dessus, numéros 239 et suivants. En vertu de l'art. 46 du code de commerce, elle s'applique aux dissolutions comme aux constitutions de sociétés.

Ainsi les associés pourront se prévaloir de la nullité de la dissolution les uns contre les autres; rien ne pourra la couvrir. En vain l'un d'eux opposera-t-il aux autres une dissolution conventionnelle verbale, dont il demanderait à faire preuve; il n'y serait pas reçu (2).

Mais les associés ne sauraient argumenter de l'omission des formalités de l'art. 46 du code civil contre les tiers qui auront intérêt à ce que la société soit dissoute (3).

Et toutefois les tiers dont l'intérêt sera qu'elle continue auront le droit de leur opposer la nullité pour faire tomber l'acte de dissolution non publié ni enregistré. Toutes ces solutions résultent des principes que nous avons passés en revue aux numéros 239 à 252; nous n'avons pas besoin d'y insister plus longtemps (4).

Nous voudrions cependant que les tiers ne fussent admis à faire écarter la dissolution, qu'autant qu'ils auraient été réellement dans l'ignorance de la rupture, et qu'ils auraient cru de bonne foi traiter avec la société; car si la séparation des associés leur était positivement connue, s'il avait été bien entendu qu'ils ne traitaient pas avec la société, mais bien avec un de ses membres dégagé de ses liens, il y aurait de leur part une sorte de dol, qui devrait les rendre non recevables (5) à faire rejaillir sur des étrangers des obligations qu'ils savent bien ne pas les concerner (6).

910 2° (7).

---

(1) Voy. *suprà*, n° 250.

(2) Art. 41 du code de commerce. Arrêt de la cour de Bordeaux du 25 novembre 1827 (DALLOZ, XXVIII, 2, 193; SIREY, XXVIII, 2, 77).

Add. *Observantur* MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 480 : « La nullité de l'acte de dissolution pour défaut de remise d'un extrait au greffe, ne peut pas être opposée par les associés, mais seulement par les tiers. »

Ils en tirent cette conséquence, n° 482 : « Les créanciers personnels d'un associé ne pourront jamais demander la nullité de l'acte de dissolution, pour inobservation des formalités de publication, parce que ces créanciers, ne pouvant agir que du chef de leur débiteur, ne sauraient avoir plus de droits que lui, et ne peuvent pas être considérés comme tiers intéressés, dans le sens de l'art. 42 du code de commerce. »

(3) **Add.** *Jurisprudence.* — Une société commerciale est censée exister tant que la dissolution n'en a pas été constatée par l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 46 du code de commerce. En conséquence, l'associé, retiré de fait, mais sans que la dissolution de la société à son égard ait été publiée, n'en est pas moins tenu, envers les tiers, au payement des billets souscrits, depuis sa retraite, par la société, sous la raison sociale (24 mai 1832, Lyon; SIREY, XXXII, 2, 505).

(4) **Add.** *Jurisprudence.* — Il suffit qu'il soit constaté qu'après la mort de son père, avec lequel il était associé, son fils aîné a tout fait pour maintenir les tiers dans la persuasion que la nouvelle société, portant le même nom social que l'ancienne, en était la continuation, pour que les tribunaux aient pu lui refuser le droit de se prévaloir de cette dissolution, à l'effet d'échapper aux obligations contractées par l'ancienne société et particulièrement aux répétitions pour perceptions usuraires formées par les tiers avec lesquels le fils a continué les opérations de la maison, et auxquels, du reste, le décès était connu (code civil, art. 1865; code de commerce, art. 46.) (26 mai 1836. Civ. r. Toulouse, Prat. DALLOZ, XXXVIII, 1, 349.)

(5) Arg. du code prussien, 2° partie, tit. VIII, sect. VII, art. 678. MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 481.

(6) **Add.** *Jurisprudence.* — En cas de décès de l'un des associés, une société est dissoute de plein droit, sans que les créanciers puissent opposer à la veuve et aux héritiers du défunt, ni même à ses coassociés, le défaut d'accomplissement des formalités prescrites par les articles 42 et 46 du code de commerce, et prétendre que, faute d'avoir rendu public le décès, la société a continué de subsister à leur égard vis-à-vis des tiers, alors surtout que la société avait été établie sans les formalités ordinaires de publication, et seulement pour des faits matériels, et que les créanciers ont eu connaissance du décès du coassocié, non-seulement par des faits, mais encore par des actes authentiques; comme si, par exemple, un jugement qu'ils ont connu avait, à l'époque du décès, ordonné la liquidation de la société (30 janvier 1830. Bourges, Jeanne. DALLOZ, XXX, 2, 134).

(7) **Add.** *Le délai de quinzaine fixé par le § 3 de l'art. 42 n'est pas ici fatal pour la publication de la dissolution.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 479 : « L'article 46 ajoute qu'en cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu à l'application des dispositions pénales de l'art. 42, 3° alinéa, qui prononce la nullité de l'acte à l'égard des intéressés, en déclarant que cette nullité ne peut être opposée par eux aux tiers. Il résulte de là que le défaut d'accomplissement des formalités prescrites par les art. 42 et 43, entraînant, à l'égard de l'acte de dissolution, les mêmes conséquences qu'à l'égard de l'acte de société, ces formalités doivent être observées à peine de nullité. L'article 42 porte que l'extrait des actes doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce; on pourrait croire, au premier abord, qu'après l'expiration de ce délai, l'acte de dissolution est frappé de nullité, et qu'il n'est plus temps d'en déposer l'extrait. Mais l'art. 42 ne doit point être interprété ainsi; le délai de quinzaine n'est point prescrit comme un délai fatal; le dernier paragraphe de l'article cité prononce, il est vrai, la nullité de l'acte pour omission des formalités prescrites; mais il ne la prononce pas pour le défaut d'accomplissement de ces formalités dans le délai de quinzaine.

« Or, comme tout est de rigueur en matière de nullité, il faut conclure de la rédaction du troisième alinéa de l'art. 42, qu'après l'expiration du délai de quinzaine, depuis la date de l'acte de dissolution, le dépôt de l'extrait peut encore être fait, et les autres formalités remplies, jusqu'à ce que la nullité ait été demandée. Ce n'est point à dire pour cela que la disposition qui fixe un délai de

910 3° (1).

910 4° (2).

911. Les sociétés civiles sont affranchies des formalités imposées aux sociétés de commerce; d'autres idées nous serviront donc de guide.

La dissolution peut être expresse ou tacite. Quand elle est expresse, comme elle intéresse les tiers aussi bien que les associés, il faut qu'elle résulte d'un acte ayant date certaine, et qui, par conséquent, puisse être opposé aux premiers. On a soutenu (3) et même décidé (4) qu'un acte de dissolution, fait sous seing privé et non enregistré, fait preuve de sa date contre les créanciers de l'un des associés. C'est une erreur dangereuse. Je l'ai réfutée, dans mon *Commentaire des Hypothèques* (5), par des idées qui me semblent solides (6).

J'ai dit que la dissolution peut être tacite, c'est-à-dire résulter de circonstances de fait, dépourvues du secours de l'écriture. Callistrate donne pour exemple, des associés qui cessent d'opérer en commun et font le négoce chacun pour leur compte (7). Dans les anciennes sociétés tacites, les comparsonniers partageaient le pain commun, et c'était une formule éclatante que toute société était finie entre eux.

Néanmoins, quelques distinctions sont nécessaires pour ne pas tomber dans de fâcheux écarts sur l'application de ce point de droit.

Et d'abord, la dissolution est-elle anticipée? a-t-elle devancé le temps fixé par la convention? Dans ce cas, si elle est déniée par l'une des parties, il ne sera possible d'en faire preuve par témoins qu'autant qu'on se trouverait dans l'une des hypothèses où la loi admet la preuve testimoniale des obligations. On peut argumenter ici de l'arrêt de la cour royale de Bordeaux que je citais au numéro 910. A la vérité, il est rendu dans le cas d'une société commerciale collective. Mais ici le droit civil et le droit commercial se rencontrent. L'art. 41 du code de commerce et l'art. 1341 du code civil sont l'écho d'une même pensée.

Si la société était illimitée, il en serait autrement. J'ai cité ailleurs (8) l'opinion de Danty : elle est positive, elle est juridique. Il ne s'agit pas ici d'aller contre ou outre une convention. Au contraire! la dissolution, dont on demande à faire preuve, rentre dans l'idée même de la société, dont la condition a été de ne pas durer toujours. De plus, les faits mis en preuve ne roulent pas (c'est du moins ce que je suppose) sur une véritable convention. Ce sont des actes de négoce gérés séparément, des circonstances de rupture, d'abstension, d'isolement, et autres, incompatibles avec la prolongation de la société; dans ce cas, comment refuser l'admission de la preuve testimoniale?

Quant aux tiers, il y a encore moins de difficulté sur l'admission de la preuve testimoniale de la dissolution tacite de la société. Tout le monde reconnaît que la dissolution tacite a une telle gravité, qu'elle peut être opposée aux tiers, pourvu que les faits auxquels on en demande le témoignage aient eu une publicité dont ces mêmes tiers ont eu connaissance (9). Un arrêt de la cour de Bourges nous offre un exemple de ces circonstances significatives. Imbert père et fils avaient formé une société universelle de gains; cette société, qui n'avait pas été publiée, fut dissoute par acte son seing privé. Cet acte était-il opposable aux tiers qui avaient intérêt à ce que la société continuât? C'est une question sur laquelle je ne reviendrai pas ici, après ce que j'en ai dit dans mon *Commentaire des Hypothèques* (10). Mais, dans tous les cas, il y avait des faits positifs, irrésistibles, qui établissaient une séparation du père et du fils Imbert. Depuis 1819, Imbert père s'était abstenu de toute opération de commerce; son fils avait seul agi en son propre et privé nom; seul il s'était montré aux tiers, seul il avait souscrit des billets. Bien plus, Imbert père avait cautionné personnellement certains engagements de son fils : ce qui eût été inutile, s'il eût été associé à ces actes. Dès lors, on n'aurait pu sans injustice faire réfléchir sur Imbert père les obligations qu'Imbert fils avait contractées envers les tiers; et c'est ce qui fut décidé par la cour royale, dont l'arrêt a été rappelé par moi dans l'ouvrage précité.

Mais si les tiers n'avaient pas eu connaissance de la dissolution par des faits directs ou indirects, analogues à ceux dont je viens de parler, la société, qui aurait dissimulé sa rupture, serait censée se continuer à l'égard des tiers de bonne foi.

Et ceci serait surtout évident, si les actes avaient continué à être signés de la signature sociale (11).

---

quinzaine n'ait aucun objet : ce terme est fixé dans l'intérêt des associés, afin de leur donner le temps nécessaire pour faire l'extrait et le déposer. Pendant ce délai on ne peut les contraindre à faire ce dépôt, et avant son expiration on ne peut demander la nullité pour cause d'inobservation des formalités prescrites. La cour de cassation a jugé la question dans le sens de notre opinion, par un arrêt du 6 juin 1831. »

(1) Add. *Les créanciers personnels d'un associé ne peuvent demander la nullité de la dissolution à défaut de date certaine.* — MALEPEYRE et JOURDAIN discut., n° 483 : « Le créancier de l'associé ne peut pas non plus repousser l'acte de dissolution, sous le prétexte qu'il n'aurait pas de date certaine. En effet, le défaut de date certaine ne peut jamais être opposé par ceux qui ont été parties à l'acte, ni par leurs représentants ou ayants cause, et le créancier est le représentant de l'associé, son débiteur, qui a été partie à l'acte de dissolution. Le créancier de l'associé ne pourrait se prévaloir du défaut de date certaine de l'acte de dissolution, qu'autant qu'il se plaindrait d'un concert frauduleux entre les associés pour paralyser l'exercice de ses droits. Dans ce cas, le défaut de publication et de date certaine de l'acte ne pourrait plus être opposé par le créancier comme moyen de nullité, mais seulement comme considération puissante pour appuyer les moyens de fraude qu'il devrait articuler à l'appui de la demande. La cour de cassation l'a ainsi jugé par un arrêt du 12 juillet 1825. »

(2) Add. *La publicité de la dissolution n'est pas requise pour les sociétés en participation.* — MALEPEYRE et JOURDAIN discut., n° 484 : « Toutes ces formalités ne sont nécessaires qu'autant qu'un acte écrit est exigé par la loi pour prouver la dissolution comme l'existence de la société. La preuve de l'existence d'une société en participation pouvant être établie par témoins, la dissolution peut être prouvée aussi bien par témoins que par écrit; et la cour de cassation l'a ainsi jugé par un arrêt du 20 janvier 1831. Ainsi l'acte de dissolution d'une société en participation ne doit point être nécessairement soumis à la formalité d'enregistrement et d'affiche au greffe. »

(3) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 483.

(4) Mon *Comm. des Hypothèques*, t. II, n° 533, où je rapporte un arrêt de la cour de cassation qui contient *dans ses motifs* cette doctrine erronée.

(5) *Loc. cit.*

(6) *Junge* arg. de POTHIER, *Société*, n° 153.

(7) L. 64, D. *Pro socio.*

(8) N° 209, *suprà.*

(9) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 481.

(10) T. II, n° 533.

(11) Lyon, 14 mai 1832 (SIREY, XXXII, 2, 505).

Art. 1866. La prorogation d'une société à temps limité ne peut être prouvée que par un écrit revêtu des mêmes formes que le contrat de société.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 56. *La prorogation dont les parties conviendraient, ne peut être prouvée que par un écrit assujetti aux mêmes formes que celui par lequel la société a été contractée (a).*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 37. Conf. à l'art. 1866 du code.

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 56. La prorogation de la société devrait résulter de la continuation du commerce, sans contradiction, et avec le concours des mêmes associés.

SOURCES.

POTHIER. *Société*, n° 139.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1738. Conf. à l'art. 1866. C. F.
Louisiane. — 2849. Id.
Sardaigne. — 1889. Id.
Canton de Vaud. — 1340. Conf. à l'art. 1866, C. F.
Haïti. — 1635. Id.

SOMMAIRE.

912. De la prorogation d'une société à temps limité. Nécessité d'une volonté unanime. Formes de cette prorogation.
913. De la prorogation des sociétés de commerce. Ancien droit. Dispositions du code de commerce.
914. Comment, à l'égard des sociétés civiles, l'art. 1866 doit être entendu.
914 2°. *Pourrait-on prouver par témoins la prorogation d'une société dont l'objet n'excéderait pas cent cinquante francs, soit que le contrat primitif eût été ou non rédigé par écrit?*
914 3°. *Quid s'il y a commencement de preuve par écrit?*
915. La société prorogée n'est pas une société nouvelle.

COMMENTAIRE.

912. La dissolution d'une société par l'expiration du terme convenu peut être prévenue ou arrêtée par la volonté des parties (1). Car les associés sont toujours maîtres de renoncer à un droit émanant d'un contrat qui est leur propre ouvrage.

Néanmoins, quelques conditions sont imposées à la prorogation d'une société.

D'abord, tous les associés doivent se rencontrer dans une volonté unanime. La majorité est sans puissance, ici, pour contraindre la minorité. Ce serait une société toute différente, que celle qui n'aurait pas pour sa continuation le suffrage de tous les associés sans exception.

De plus, proroger une société qui touche à sa fin est un acte si voisin de la constitution *à priori* d'une société qui va se former, que le législateur a voulu pour la prorogation les mêmes formalités que pour la constitution primitive. Ainsi, la preuve de celle-là ne peut résulter que des documents admissibles pour prouver celle-ci (2).

913. Autrefois, cependant, la jurisprudence commerciale admettait les prorogations tacites de sociétés à terme fixe (3). Nous avons également vu des sociétés civiles se continuer de génération en génération sans aucune preuve écrite de prorogation (4). Mais ces précédents ne sont plus en harmonie avec le droit moderne.

En ce qui concerne les sociétés de commerce (autres que les simples participations dont la continuation peut se prouver par toutes les preuves admises en matière commerciale), l'art. 46 du code de commerce exige une déclaration des associés pour constater la continuation de société; et cette formalité est prescrite à peine de nullité (5).

On sait quels sont les effets de la nullité (6). Elle milite entre associés. Elle est d'ordre public et ne saurait être couverte (7). Les associés peuvent à chaque instant s'en prévaloir pour cesser leurs rapports, et liquider le passé (8).

Seulement, les tiers, qui ont un juste sujet de croire à l'existence d'une société, seront protégés par leur bonne foi, et les associés ne pourront leur opposer le défaut de déclaration (9).

914. Quant aux sociétés civiles, nous avons dit quel est le vœu de l'article 1866. Mais ce serait en étendre la pensée que d'exiger, pour la preuve de la continuation de la société, un acte en forme, authentique ou sous seing privé (10). D'abord, une preuve

---

(1) *Suprà*, n° 873.

(2) BOUTTEVILLE.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 416, où il dit : « L'expression de l'art. 1866 semble imposer à ceux qui prorogent leur société, l'obligation d'employer un acte identiquement semblable à l'acte constitutif ; par exemple, un acte sous seing privé, si c'est une convention sous seing privé qui a fondé la société ; un acte authentique, si c'est un acte authentique qui l'a établie. Mais l'on a dit avec raison que telle n'a pas été la pensée des législateurs, qu'ils ont voulu uniquement que les preuves admissibles pour établir la constitution des sociétés, fussent seules reçues pour constater leur prorogation (12 décembre 1825, cour de cassation de France; SIREY, XXVI, 1, 284). Op. conf. de DURANTON.

(3) STRACCHA, *decis. rot. Gen.*, décis. 27, n° 6; *suprà*, n° 870.

(4) *Suprà*, n° 880.

(5) *Suprà*, n° 254.

(6) *Suprà*, n[os] 240 et suiv.

(7) *Suprà*, n° 246 et suiv.

(8) N° 249.

(9) *Suprà*, n° 239; MALEPEYRE, n° 452.

(10) DURANTON, t. XVII, n° 462; cassat., 12 décembre 1825 (DALLOZ, XXVI, 1, 102).

Add. On lit dans FAVARD, *Société*, p. 209 : « Aux termes

même but et le même objet, et ne présentant de modification que dans le temps de sa durée, changé par la volonté des parties. Le mot de *prorogation*, employé par notre article, exclut toute idée d'intermittence dans l'existence de la société ; il est le synonyme de ce que l'art. 46 du code de commerce appelle *continuation de société*. La société, prorogée au delà du terme primitivement convenu est dans un état d'intégrité tout à fait semblable à celui de la société, dont l'une des clauses porterait, que la mort d'un des associés ne l'empêcherait pas de continuer avec les héritiers ou avec les associés survivants (1).

Art. 1867. Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société, par rapport à tous les associés.

La société est également dissoute dans tous les cas par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun et que la propriété en est restée dans la main de l'associé.

Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société (c).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 57. *S'il a été contracté société pour y mettre le prix de la vente, à faire en commun, de plusieurs choses appartenant à chaque associé, et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est éteinte* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 38. *La chose que l'un des associés devait mettre dans la société, et qui a péri, opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés* (b).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — Art. nouveau. *S'il a été contracté société pour l'exploitation d'une usine, et que cette usine périsse, la société est éteinte.*

Art. 57 du projet. L'exemple d'une usine périe et entraînant la dissolution de la société formée pour son exploitation, a paru plus sensible que celui proposé par le projet, qui présenta une hypothèse extraordinaire.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 57. Cet article paraît inutile.

(b) OBSERVATIONS DU TRIBUNAT.

L'art. 57 du projet (1867 du code), portant :

« La chose que l'un des associés devait mettre dans la société, et qui a péri, opère la dissolution de la société. »

Lorsque la chose dont l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété même, vient à périr *avant* que la mise en commun ne soit effectuée, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de réaliser sa mise.

Si la chose dont la propriété même est mise en commun, ne vient à périr qu'après avoir été effectivement *apportée* à la société, la perte en tombe alors sur la société qui en est demeurée propriétaire.

Si ce n'est pas la propriété même, mais la seule jouissance ou les fruits de la chose, qui ait été mise en commun, que la chose périsse avant ou après que la mise en a été effectuée, la perte de la chose dissout évidemment, dans les deux cas, la société, puisque dans l'un et l'autre l'associé dont la chose a péri ne peut plus contribuer pour rien à faire de mise dans la société, qui ne consistait qu'en fruits ou simple jouissance.

Pour mieux rendre ces idées, on est convenu de la rédaction suivante :

« Lorsqu'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

« La société est également dissoute, dans tous les cas, par la perte de la chose, lorsque la jouissance seule a été mise en commun, et que la propriété est restée dans la main de l'associé.

« Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. »

(c) MOTIFS.

TREILHARD : « La société se compose d'objets mis en commun ; s'ils viennent à périr, il est évident qu'il n'y a plus de société. Il n'est pas même nécessaire que tous ces objets périssent pour que la société soit rompue, si de deux associés l'un se trouve dans l'impossibilité d'apporter la chose qu'il avait promise parce qu'elle n'existe plus, il ne peut plus y avoir de société. Il en est de même lorsque deux associés, n'ayant mis en commun que des jouissances, en conservant chacun sa propriété, la chose de l'un vient à périr ; il n'y a plus de mise de sa part, et, par conséquent, plus de société. »

SOURCES.

POTHIER. *Société*, n[os] 141, 142.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1739. Conf. à l'art. 1867, C. F.
Sardaigne. — 1890. Id.
Canton de Vaud. — 1341. Id.
Hollande. — 1685. Id.
Haïti. — 1636. Id.

Louisiane. — 2850-2851. S'il a été contracté société pour mettre le prix de la vente à faire en commun de plusieurs chose appartenant à chaque associé, et que la chose de l'un d'eux périsse, la société est éteinte.

SOMMAIRE.

(1) *Infrà*, n° 956.

COMMENTAIRE.

916. L'art. 1867 du code civil passe pour un des plus obscurs du titre de la Société. Il a exercé la dialectique des interprètes, soulevé des controverses, provoqué des critiques. Nous ajouterons nos efforts à ceux des auteurs qui nous ont précédé, pour en pénétrer le sens (1).

Il fait suite au § 2 de l'article 1865, qui déclare la société éteinte par la perte de la chose. Cette règle n'est pas toujours vraie. Elle fléchit dans certains cas; elle comporte des distinctions. L'article 1867 a donc voulu compléter l'article 1865. Mais, enfanté par amendement, il a le défaut de la plupart des amendements. Sa rédaction a quelque chose d'un peu gauche et discordant. Toutefois (oserai-je le dire?), je ne place pas ses incohérences là où les auteurs les ont trouvées. L'art. 1867 me paraît suffisamment clair dans la partie qu'ils ont traitée d'obscure, et je lui reproche de l'obscurité dans la partie qui a échappé à leurs critiques.

917. Je commence par expliquer mon chef d'accusation. L'art. 1865 nous a déjà enseigné une vérité frappante pour la raison, savoir, que la société finit par l'extinction de la chose. Mais voilà que l'art. 1867, introduit pour éclaircir et préciser l'art. 1865, vient déclarer sèchement que la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. Que veut dire ceci? Quand on n'est pas exercé aux énigmes du droit, *legum enigmeta*, comme disait Juvénal, on est bien tenté de crier à la contradiction! Combien il serait nécessaire que ceux qui formulent de pareils arcanes se souvinssent que les textes sont faits autant pour le vulgaire que pour les savants!

Toutefois, je l'accorde, la contradiction n'est qu'apparente. Mais l'apparence du mal est un mal réel dans la rédaction des lois. Puisqu'on voulait rendre le projet plus clair, il fallait se garder d'y jeter des énigmes.

918. L'ancienne jurisprudence avait cependant fait des distinctions qui auraient pu servir de guide.

La société est dissoute, avait-elle dit, quand le capital social est anéanti. « Solvitur societas... ex re« bus,... ideoque si res interierit... intereunt res, « cum *aut nullæ relinquantur*, aut conditionem mu« taverint. » Voilà le principe donné par Ulpien (2).

Notez ces mots : *nullæ relinquantur*. Ils sont caractéristiques. Le jurisconsulte a prévu un cas d'extinction tellement grave, qu'il ne reste rien du patrimoine de la société. Comment pourrait-il y avoir continuation de société, quand il n'y a plus de chose commune (3)?

919. Mais si la perte, au lieu d'être totale, n'était que partielle, la société pourra continuer. Pierre et Paul ont fait une société pour le commerce des bestiaux. La perte des chefs n'empêche pas la société de

---

(1) TOULLIER, t. VII, n° 451 et suiv.; PARDESSUS, t. IV, n° 988; DURANTON, t. XVII, n° 467; DUVERGIER, n° 421; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 65, 463; *Revue étrangère* de FÉLIX, 2e série, t. IV, 8e année, p. 353.

(2) L. 63, § 10, D. *Pro socio*.

(3) *Suprà*, n° 4.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 419; de FAVARD, *Société*, p. 228, n° 1; de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 457 et 461; de DURANTON, n° 463.

« Ainsi, dit PARDESSUS, n° 1055, l'événement par lequel une société, qui n'aurait d'autre but que cette exploitation, en serait privée, soit par la déchéance du brevet, soit parce que la loi cesserait d'en protéger l'exercice exclusif, produirait aussi la dissolution de la société; sauf l'indemnité au profit de ceux qui justifieraient que l'associé dont ce brevet formait la mise a, par son fait et sa faute, laissé perdre son droit par déchéance ou autre fait semblable, et pareillement sauf l'indemnité de ce dernier contre les autres, si cette déchéance provenait de leur fait. »

subsister sur le croît; car les opérations sociales conservent une base réelle (1). Telle est la seconde règle placée par la jurisprudence à côté de la règle d'Ulpien.

920. Puis, on s'était occupé du cas où la perte avait frappé, non une chose déjà entrée dans le patrimoine de la société, mais une chose qu'un avait promis d'y faire entrer *in futurum*, et qui ne s'y trouvait pas encore à l'époque de l'événement. On décidait que la société était dissoute: sans quoi, il serait arrivé que le propriétaire de cette chose ainsi périe n'aurait pas fait de mise; ce qui eut répugné à la loi d'égalité qui est de l'essence de la société (2). Ulpien donnait un exemple remarquable de ce cas, que j'ai déjà cité deux fois (3), et sur la portée duquel il n'y a pas à se tromper.

921. Enfin, la jurisprudence abordait l'hypothèse où la jouissance seule d'une chose a été mise en société; la perte de cette chose lui paraissait un cas de dissolution (4). Car le propriétaire se trouve dans l'impuissance de contribuer pour sa part, et l'égalité est bannie de ce contrat où elle doit régner.

922. Telle était la théorie que l'ancienne jurisprudence avait mise à la disposition des rédacteurs du code.

Mais, de cette série d'idées, le projet primitif n'en avait reproduit que deux: la première et la troisième. Il laissait les deux autres dans le domaine de l'interprétation. Je n'ai rien à dire du projet d'article qui formulait la première; l'art. 1865 en est la répétition. Mais il n'est pas inutile de connaître la rédaction de la seconde.

« S'il a été contracté société, disait la commission « dans son article 37 (5), pour y mettre le prix de la « vente à faire en commun de plusieurs choses appar« tenant à chaque associé, et que la chose de l'un « d'eux périsse, la société est éteinte. »

On n'a qu'à ouvrir Pothier (6), on y lira presque mot pour mot ce projet d'article; de son côté, Pothier avait voulu être l'écho de la décision d'Ulpien que je citais au n° 920. La filiation des idées est ici facile à suivre. Ulpien, Pothier, la commission, tous étaient préoccupés d'un cas où la société n'avait pas encore sun complément, parce qu'il n'y avait pas encore de chose commune constituée, au moment de la perte (7).

923. Le projet soumis au conseil d'État par Berlier crut que l'article 37, tel qu'il était présenté, avait le défaut de cacher sous un exemple une règle générale. Il voulut, en conséquence, rétablir la règle et supprimer l'exemple. De là un projet d'article ainsi conçu (8):

« La chose que l'un des associés *devait* mettre dans « la société, et qui a péri, opère la dissolution de la « société. »

Sous le rapport du style, il y avait bien quelque peu de barbarisme dans cette rédaction (9); mais, au fond, elle était claire. L'article de Berlier faisait évidemment allusion au cas où la société avait, non pas la propriété de la chose, mais l'espérance d'en être investie; où la société était plutôt en expectative qu'en action. C'était l'idée d'Ulpien, de Pothier, de la commission, généralisée.

Du reste, le projet de Berlier continuait à se renfermer dans les deux points auxquels le projet primitif s'était uniquement arrêté; il laissait à l'écart le cas de perte partielle, et celui d'extinction de la chose mise dans la société pour la jouissance.

924. Le tribunat conçut le louable projet de combler cette lacune. Il est nécessaire de faire connaître ses

---

(1) Felicius, cap. XXXIV, n° 3; Ubald., *de duob. frat.*, part. 8, n° 22.

Add. Op. conf. de Malepeyre et Jourdain, n° 459, où ils disent: « Si la perte d'une partie de la chose ne fait qu'en diminuer les produits, et par suite les bénéfices que l'on peut en tirer, la société continuera d'exister, parce qu'elle aura encore un objet, et qu'à moins d'une stipulation expresse dans le contrat, la seule diminution des chances de bénéfices ne peut donner lieu à la dissolution.

« Ce que nous venons de dire sur la diminution de la chose faisant l'objet de la société, lorsque cette diminution ne fait que restreindre les bénéfices, est subordonné aux stipulations de l'acte de société qui fait la loi des parties. En sorte que s'il était convenu que la société serait dissoute, lorsque la chose qui en fait l'objet viendrait à être diminuée dans une proportion déterminée, cette clause devrait recevoir son exécution et la dissolution aurait lieu à l'instant même où la chose serait diminuée dans la proportion indiquée. Dans ce cas, il devient inutile d'examiner si la chose peut encore servir aux opérations sociales; si la diminution est telle qu'elle a été fixée par le contrat, la société est rompue. Si la stipulation portait que, dans ce cas, la dissolution pourrait être demandée par chacun des associés, elle n'aurait plus lieu de plein droit, mais elle devrait être prononcée sur la demande d'un des associés. Ainsi, nous avons vu, au chapitre des sociétés anonymes, que l'on exigeait, dans certains cas, pour accorder l'autorisation, que l'on introduisît dans les statuts une clause de dissolution pour le cas où le capital serait réduit à un certain minimum. »

Duvergier dit, n° 425: « Lorsque la société a déjà été saisie de la propriété, elle est dissoute par la perte, si elle ne peut plus atteindre son but avec ce qui reste du fonds social. »

Duranton, n° 464, donne pour exemple de l'hypothèse où la société n'est pas dissoute par la perte partielle, le cas où « deux individus ayant chacun un bœuf, les ont mis en commun quant à la propriété même, pour en tirer meilleur parti en les vendant ensemble, et que l'un de ces bœufs est venu à mourir ou à périr par quelque accident; l'autre reste commun aux deux associés, et forme encore un fonds social (l. 58, ff. *Pro socio*, et article 1867). »

Vincens donne cet autre exemple: « Une association pour l'exploitation d'un théâtre avait consommé son capital, tandis que le privilége (car il y a des priviléges pour les entreprises théâtrales) durait encore. Un des associés voulait se débarrasser des autres; mais la société fut déclarée continuer, parce que son objet existait encore quoique ses moyens eussent été épuisés. La possibilité de les suppléer et les chances favorables restaient pour la ressource et le droit de tous les associés. »

Duvergier dit, n° 428: « Lorsque la perte de la chose mise dans la société, en toute propriété, n'est que partielle, il faut examiner quelle est l'importance relative de la partie perdue. Si elle est telle que les associés n'eussent point reçu comme mise sociale la partie qui a échappé à l'accident, la société sera dissoute. Si, au contraire, il est évident qu'ils eussent accepté la chose ainsi réduite, la société devra être maintenue avec une indemnité convenable. »

« Malleville, sur l'article 1867, observe avec raison qu'il faut que la chose périe soit importante, car si l'une des choses seulement venait à périr, l'associé devrait être admis au remplacement ou à une indemnité. Il se fonde sur la loi 69, D. *Pro socio*, qui dit que la société finit par la perte de la chose, *si nullæ relinquantur*. » (Note de Toullier, t. VII, sur le n° 460.)

(2) Pothier, *Société*, n° 141.

(3) *Suprà*, nos 112 et 683; l. 58, et l. 58, § 1, D. *Pro socio*.

(4) Pothier, n° 141.

(5) Fenet, t. II, p. 378; *suprà*, p. 361.

(6) N° 141.

(7) *Suprà*, n° 683, les paroles de Favre et de Godefroy.

(8) Art. 38 du projet soumis au conseil d'État. Fenet t. XIV, page 365.

(9) La chose... *opère la dissolution!*... C'est la perte qui opère la dissolution; mais la chose ne l'opère pas.

observations; car elles ont été ignorées de Toullier et des auteurs qui, après lui, ont commenté l'art. 1867 (1).

« Lorsque la chose, dont l'un des associés *a promis* de mettre en commun la propriété même, vient à périr *avant que la mise en commun en soit effectuée*, la perte de cette chose doit sans doute opérer la dissolution de la société, cet associé se trouvant réduit à l'impossibilité de *réaliser sa mise*.

« Si la chose dont la propriété même est mise en commun, ne vient à périr qu'*après avoir été effectivement apportée à la société*, la perte tombe alors sur la société qui en est demeurée propriétaire.

« Si ce n'est pas la propriété même, mais la seule jouissance ou les fruits de la chose qui aient été mis en commun, que la chose périsse avant ou après que *la mise en a été effectuée*, la perte de la chose dissout évidemment dans les deux cas la société, puisque, dans l'un et dans l'autre, l'associé dont la chose a péri ne peut plus contribuer pour rien à faire de mise dans la société, qui ne consistait qu'en fruits ou simple jouissance.

« Pour mieux rendre ces idées, on est convenu de la rédaction suivante (c'est le texte de l'art. 1867). »

Ce remaniement du projet d'article donna lieu à une conférence entre la section du conseil d'Etat et la section du tribunat. L'amendement du tribunat fut adopté; il forme littéralement l'article que nous commentons.

Ainsi, le projet de Berlier reçut à la fois une forme nouvelle et une plus grande extension. Il y eut place pour le cas de perte de la chose mise dans la société pour la jouissance; et, en ce qui concerne la chose stipulée sociale pour la propriété et promise par l'un des associés, l'article comprit à la fois la perte arrivée avant que la société ne fût devenue propriétaire, et la perte arrivée après.

Remarquons enfin que l'article ne s'occupe que de la perte de la chose apportée par l'un des associés seulement; et c'est en quoi le tribunat crut avoir suffisamment pourvu au cas de perte partielle.

925. Mais ne tombait-il pas à son tour dans des défectuosités pareilles à celles qu'il voulait corriger dans le projet? En effet, il n'est pas vrai que la société n'est jamais rompue par la perte de la chose que l'un des associés a réalisée dans la main de la société. Si cette chose constitue à elle seule le fonds sur lequel opère la société, il y a dissolution (2). Il en est de même dans le cas où, sans être unique, elle est cependant tellement principale, que sans elle la société ne puisse plus agir (3); autrement, il y aurait antinomie entre l'art. 1867 et l'art. 1865.

Qu'est-ce donc qu'il fallait dire pour ne pas se mettre en contradiction apparente avec l'art. 1865? Non pas *que la société n'est pas rompue par la perte de la chose* (ce langage est trop absolu, il manque d'exactitude et jette du trouble dans l'économie de la loi), mais que la société peut n'être pas rompue. Elle n'est pas rompue, en effet, quand il reste aux opérations sociales une base d'action, comme dans l'espèce posée au numéro 919 : mais elle est rompue quand l'extinction prive la société de son objet (4).

Le dernier paragraphe de l'art. 1867 est donc incomplet et vicieux; et, pour l'accommoder à l'art. 1865, il faut lui prêter des distinctions que son texte a le tort de ne pas exprimer.

926. Maintenant voilà ma critique finie. Voyons en quoi d'autres ont trouvé que l'art. 1867 a péché.

Les uns, supposant que l'article 1867 exige la tradition de la chose pour rendre la société propriétaire, l'ont signalé comme une distraction du législateur, impardonnable d'avoir oublié les articles 711, 1138 et 1583, d'après lesquels l'obligation de livrer une chose rend le créancier propriétaire, abstraction faite de toute tradition (5).

Il est vrai que d'autres, s'attachant aussi à cette idée d'une tradition nécessaire pour la perfection du contrat de société, ont jugé le législateur avec moins de rigueur; ils n'ont pas trouvé dans l'art. 1867 une choquante antinomie; ils ont loué cet article comme une sage exception, comme une concession spéciale faite au contrat de société, qui, ayant un besoin essentiel de l'objet promis, ne peut être parfait que par la tradition (6).

Mais alors sont venus les défenseurs du principe posé dans les art. 711, 1138 et 1583, et afin de le sauver de l'opinion précédente, ils se sont évertués à faire l'art. 1867 plus *obscur*, plus *équivoque* qu'il ne l'est

(1) Il dit, en effet (t. VII, n° 456) : « Sans que dans les procès-verbaux du tribunat on trouve les motifs de ce changement. » Ce qui a été répété par DURANTON, t. XVII, n° 467, p. 538; et par DUVERGIER, n° 400.

(2) PARDESSUS, t. IV, n° 1054; MALEPEYRE et JOURDAIN, nos 461, 462.

(3) *Ibid.*

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 430.

(4) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, n° 418.

(5) Voy. mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 46. JOURDAN, dont j'ai rappelé l'opinion, cite en effet l'art. 1867 comme un de ceux qui jettent du trouble dans le système du législateur.

(6) PARDESSUS, t. IV, n° 987; MALEPEYRE et JOURDAIN, nos 65 et 466.

Add. Mais ces auteurs n'émettent cette opinion que pour les sociétés commerciales : « Les sociétés commerciales sont, sous ces rapports, disent-ils, gouvernées par des principes spéciaux; l'obligation de livrer un corps certain et déterminé n'en rend pas la société propriétaire dès l'instant où il a dû être livré, comme dans les matières civiles, il faut qu'elle soit accompagnée de tradition, parce que, comme nous l'avons dit, l'objet promis est le plus souvent essentiel à la société, et que ce n'est qu'au moment même où elle est saisie par la tradition que le contrat est complet. »

Voici les raisons données par PARDESSUS : « Le contrat de société quoique parfait par le consentement, ne produisant jamais une simple obligation délivrée, mais créant, entre les contractants, des rapports personnels qui tiennent à l'obligation de faire, est un contrat conditionnel. Les contractants sont présumés n'avoir entendu se mettre en société que sous la condition expresse que chacun d'eux réaliserait l'apport destiné à former le fonds social, sans lequel la société se trouverait n'avoir aucun objet, aucun moyen d'exister. Il en est de la société comme de l'assurance qui, parfaite, sans doute, par le seul consentement réciproque, ne produit pas cependant ses effets si le risque essentiel à cette convention ne commence pas.

« Du moment que celui qui a promis de mettre en société la propriété d'une chose, ne fait pas une livraison sous la foi de laquelle les autres se sont engagés envers lui, quand même il s'y refuserait malicieusement, ceux-ci ne pourraient se fonder sur les principes que nous avons expliqués n° 272, pour obtenir de la justice la mise en possession de l'objet promis; car cette livraison, qui, ordinairement, finit tous les rapports entre le vendeur et l'acheteur, n'est, au contraire, que le commencement des rapports individuels que la société fera naître, pendant toute sa durée, entre les associés. Il n'y aura donc lieu qu'à des dommages-intérêts. Si c'est une force majeure qui a empêché de faire cette livraison, la convention est de même résolue, mais sans dommages-intérêts contre l'associé.

« Toute autre façon de voir dénaturerait le contrat de société, qui, nous le répétons, n'est point une simple obligation de livrer une chose, comme la vente, mais qui, astreignant les contractants à des relations réciproques, tient très-intimement à l'obligation de faire. »

en effet, et cela pour avoir le droit de se rattacher à l'ensemble des dispositions du code sur l'effet de l'obligation de livrer (1).

Au fond, la question est celle-ci : l'art. 1867 exige-t-il la tradition de la chose pour rendre la société propriétaire (2)? ou bien laisse-t-il le contrat de société sous l'empire du droit commun exprimé par les articles 711, 1138, 1583 du code civil?

927. A ce point de vue, je l'avouerai sans détour, l'art. 1867 me paraît aussi clair qu'un autre; je n'y aperçois ni tant d'obscurité ni tant d'équivoque; j'y lis, en caractères suffisamment apparents, la confirmation du principe moderne d'après lequel la propriété se transmet par la puissance de la convention. Les illusions de l'opinion contraire ne méritent pas qu'on leur sacrifie le texte de notre article. Il ne manque de précision que pour ceux qui ne savent pas l'entendre.

En effet, le cas du premier paragraphe est celui où la société n'est pas encore propriétaire de la chose. Trouve-t-on dans ce paragraphe un mot, un seul mot qui indique que la transmission de la propriété soit subordonnée à la tradition? Non! et je ne puis comprendre comment des esprits distingués y ont vu des traces de tradition.

Le troisième paragraphe prévoit le cas opposé, où la propriété a été conférée à la société; mais ce paragraphe dit-il que c'est par la tradition que la transmission de la propriété s'est opérée? Pas davantage, et il faut poursuivre des chimères pour trouver là la tradition.

928. Faut-il des preuves de ceci?

---

(1) TOULLIER, *loc. cit.*; DUVERGIER, n° 421; mais surtout DURANTON, n° 467.

Add. DURANTON, n° 467, rappelle pour les combattre plusieurs systèmes d'interprétation : « Quelques personnes ont prétendu que le cas que les rédacteurs du code ont en vue dans cette première partie de l'article, est celui où l'un des associés a promis de verser dans la société le prix qu'il retirerait de certain objet en le vendant et que cet objet est venu à périr avant que l'associé l'ait vendu.

« Dans ce cas assurément, la société serait, non pas dissoute, mais non avenue, faute d'apport de l'une des parties, car ce qu'il avait promis d'y mettre n'a jamais existé. Mais évidemment ce n'est pas le cas littéralement prévu par l'article, car il suppose la perte d'une chose dont l'un des associés avait promis de mettre en commun la propriété; or, dans l'espèce, l'associé n'avait point promis de mettre en commun la propriété de la chose qui est venue à périr, mais bien le prix à provenir de la vente de cette chose, prix qui n'a jamais existé, puisqu'il n'y a pas eu de vente : en sorte qu'on ne peut pas même dire avec exactitude que la société est dissoute, vu qu'elle n'a jamais existé; c'est une simple convention qui a manqué son effet, comme il y en a tant.

« D'autres disent qu'il y aurait lieu d'appliquer la première disposition de l'article au cas où l'un des associés aurait promis de conférer à la société la propriété d'une chose appartenant alors à un tiers, en s'engageant à l'acheter du tiers, par exemple telle maison, telle cargaison qui est venue à périr avant qu'il en ait fait l'achat.

« Il y aurait à examiner ici si cette promesse de l'associé ne devrait pas être réputée remplie par la perte de la chose, tout de même que si c'eût été sa propre chose dont il eût promis de mettre en commun la propriété; si l'on ne pourrait pas dire que les dommages-intérêts auxquels il eût été soumis envers la société, au cas où le tiers n'aurait pas voulu lui vendre la chose, ne représentaient pas, quant à son obligation envers la société, le droit de propriété de cette chose dans sa main. Mais, en admettant qu'on dût décider le contraire, en considérant son obligation à l'égard de la société comme celle d'un vendeur sous condition, qui supporte la perte arrivée *pendente conditione*, parce qu'en effet il était incertain, lors du contrat de société, si le tiers lui vendrait la chose, et par conséquent incertain s'il pouvait lui-même en mettre en commun la propriété; toujours est-il qu'il est peu vraisemblable que les rédacteurs du code aient eu en vue ce cas particulier, pour en faire l'objet d'un principe aussi général que celui que nous trouvons dans la première partie de notre art. 1867. »

DURANTON s'exprime ainsi sur la question : « On assimile, dans l'art. 1845, l'associé à un vendeur, quant à la garantie qu'il doit à la société en cas d'éviction des choses par lui apportées dans cette société, et la raison d'analogie veut qu'on l'y assimile aussi quant aux effets de son obligation de *livrer* : or, un vendeur est libéré de l'obligation de livrer par la perte de la chose survenue par cas fortuit, et avant qu'il fût en demeure d'en faire la délivrance.

« Ce n'est pas tout. Supposons que l'acte porte simplement que Paul, l'une des parties, déclare mettre dans la société sa maison, ou même s'engage à mettre sa maison dans la société, sans dire qu'il l'y met seulement pour la jouissance, mais sans dire non plus qu'il promet de mettre en commun la propriété de cette maison : dans ce cas, force serait bien assurément d'appliquer l'art. 1138; la société serait bien, dès l'instant même du contrat, propriétaire de la maison : et si cette maison était venue à périr avant que l'associé en eût fait la délivrance à la société, et avant d'avoir été mis en demeure, incontestablement elle aurait bien péri pour la société et non pour l'associé, et la société ne serait pas dissoute. La première partie de l'art. 1867 elle-même ne pourrait être opposée à l'associé, puisque ce ne serait pas le cas d'un associé qui aurait promis de mettre en commun la propriété d'une chose; ce serait, au contraire, le cas prévu à la dernière partie du même article, qui ne regarde point comme dissoute la société par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société, puisqu'en effet cette propriété était apportée par le fait seul du consentement des parties, en vertu des principes généraux du code. La société eût pu contraindre l'associé à mettre cette maison dans le fonds social, dans le cas où elle n'aurait pas péri, et elle aurait eu la revendication contre les tiers auxquels, depuis le contrat de société, l'associé l'aurait vendue ou donnée. Or, pourquoi cette énorme différence dans les effets, d'avec le cas où l'associé, au lieu de dire qu'il mettait ou s'engageait de mettre dans la société telle maison, a dit qu'il promettait de mettre en commun la propriété de cette maison? Nous n'en apercevons pas les motifs.

« Dira-t-on que promettre de mettre la propriété d'une chose dans la société n'est pas l'y mettre effectivement, actuellement, de même que la promesse d'aller à Rome n'est pas y aller? Non sans doute, la promesse d'aller à Rome n'est pas y aller effectivement : il faut pour cela un acte physique et corporel de la personne; mais il n'est pas besoin d'un acte physique et corporel de la personne pour transférer la propriété; la seule volonté du maître de la chose suffit pour cela, et la loi actuelle suppose cette volonté dans celui qui a promis de livrer la chose dans ce but.

« On disputera donc, comme l'on voit, sur le point de savoir, en cas de perte de la chose survenue avant la délivrance à la société, si c'est la première partie de notre art. 1867 qui est applicable à la cause, ou bien au contraire, si c'est la dernière. »

(2) **Add.** « Dans l'ancien droit, dit DURANTON, n° 467, la propriété de la chose qu'un associé avait promis d'apporter à la société n'était pas, il est vrai, conférée à la société, ou rendue commune aux autres associés, tant qu'il n'en avait pas fait une tradition quelconque à la société; mais la perte de cet objet, survenue par cas fortuit et avant que l'associé fût en demeure d'en faire la délivrance, n'opérait pas la dissolution de la société, et elle n'empêchait pas par conséquent l'associé d'avoir sa part dans les objets promis ou déjà livrés à la société par les autres associés. C'était un débiteur libéré par la perte de la chose due, en vertu du principe, *omnes debitores rei certæ interitu rei liberantur*, et voilà tout. Les coassociés ne devaient pas moins remplir leurs obligations à son égard. Ce point n'a jamais fait l'ombre d'un doute, ainsi qu'on peut le voir dans les ouvrages de Domat et de Pothier, sur le *Contrat de société*. »

Le premier paragraphe de l'article 1867 n'aurait pu tenir compte de la tradition qu'autant que l'hypothèse prévue par lui aurait placé les parties dans les termes d'une obligation de livrer réunissant toutes ses conditions de perfection. Mais telle n'est pas son idée; il ne s'occupe pas d'une telle obligation; il laisse par conséquent ses effets sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire de l'article 1138. Le cas spécial qu'il a eu vue est celui de la perte d'une chose non pas acquise, mais simplement destinée à la société. Sa pensée se porte sur une promesse de mettre *in futurum* une chose en commun, sur une convention qui se borne à donner à la chose une destination sociale, mais où l'intention des parties renvoie la mise en commun à une époque future: « Ita, disait Dumoulin, quod *intentio partium et verba dispositiva referuntur* ad actum de futuro (1). »

Tous les jurisconsultes, qui ont traité de la société, ont insisté sur cette grande différence entre les choses destinées à la société, et les choses conférées à la société. Ulpien, d'après Celsus, s'en est particulièrement occupé (2); et elle n'a pas échappé à ses commentateurs, qui ont fort bien remarqué que la destination d'une chose à une société ne suffit pas pour la rendre sociale (3). Felicius a résumé leur doctrine dans ce court passage: « Quod si res destinata « societati contrahendæ et pereat, societati perire « non dicitur (4). »

C'est cette distinction que l'article 1867 a entendu reproduire; le paragraphe premier a trait à la chose destinée à la société, le troisième à la chose conférée à la société: on le dirait calqué sur le texte d'Ulpien.

929. Pour mieux apercevoir cette pensée, il faut se reporter à l'historique de l'article 1867. L'élaboration successive dont il est sorti la place dans le jour le plus éclatant (5). C'est ce qu'a prouvé Toullier dans sa dissertation pleine de vigueur sur l'article 1867 (6).

Que faisait, en effet, le projet originaire dans son article 57 (7)? Afin de rendre plus palpable la distinction d'Ulpien, il proposait un exemple caractéristique, au plus haut degré, d'une simple destination, séparée de la mise effective par un trait de temps; il supposait la convention de mettre en société le prix qui serait retiré de la vente de marchandises: en sorte que ce qu'il mettait en scène, c'était une chose non existante au moment de la promesse! La différence entre la destination et la réalisation était-elle assez claire?

Puis est venu le projet de Berlier. Quoique plus général, son nouvel article 58 n'en était pas moins l'expression d'une préoccupation conforme (8). « La « chose que l'un des associés *devait* mettre, et qui a « péri! » *Devait!* Cette expression a été employée tout exprès pour embrasser tous les cas où la destination est séparée de la réalisation par la volonté des parties, ou par une impossibilité actuelle.

Duranton croit que cette rédaction combattait le nouveau principe des articles 711 et 1138 et dérogeait aux anciens principes enseignés par tous les auteurs; et cependant il reconnaît que tout ce qu'on avait voulu, c'était de rendre la disposition du projet primitif plus générale! L'estimable professeur tombe ici dans une évidente contradiction; l'article primitif était copié dans Pothier (9). Or, puisqu'on avait le dessein de le rendre plus général, c'est apparemment qu'on entendait confirmer la doctrine de ce jurisconsulte, et non pas y déroger. De plus, généraliser et confirmer cette doctrine, c'était, non pas heurter le moins du monde les articles 711 et 1138, mais se placer de plus en plus dans des hypothèses étrangères à leurs prévisions.

C'est à ce point que le tribunat a pris la question, lui donnant pour solution l'article 1867. Cette solution est-elle différente? porte-t-elle sur une thèse dont les termes ne soient pas les mêmes? Non! évidemment, non! Seulement, de même que le projet de Berlier avait étendu le point de vue du projet primitif, de même l'article du tribunat élargit le cercle du projet de Berlier. A côté du cas d'extinction de la chose destinée à la société, il voulut placer le cas de perte de la mise déjà communiquée à la société, et rétablir les deux branches de la distinction d'Ulpien et de Celsus.

930. A cette démonstration donnée par la filiation de l'article 1867, ajoutons celle du texte.

Les mots saillants de cet article sont ceux-ci: *a promis de mettre en commun*, et *avant que la mise en soit effectuée*. Mais, pour en fixer le sens, il faut les rapprocher du troisième paragraphe, portant: « La société n'est pas rompue par la perte de la « chose *dont la propriété a déjà été apportée à la so-* « *ciété*. » Le point autour duquel tourne le législateur est la transmission de la propriété à la société; car les résultats sont divers quand elle a été transmise, et quand elle ne l'a pas été.

Dans ce troisième paragraphe, le législateur ne s'explique pas sur les moyens qui, à ses yeux, peuvent

(1) Voy. mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 125.

(2) L. 58, § 1, D. *Pro socio*.

« Si vero periit, ante collationem, *postquam istam destinasses*... non societati periit. »

(3) FAVRE sur cette loi. Voy. aussi GODEFROY.

(4) Cap. XXVII, n° 2; ceci s'applique très-bien à une promesse de société *in futurum*.

Add. ÉTIENNE, *Revue des revues de droit*, t. IV, p. 181, prétend que l'art. 1867 n'est pas même tiré par analogie de la loi 58, D. *Pro socio*. Quant à la première hypothèse de cette loi, il cite les observations de DUVERGIER, rappelées sous le n° 931 à l'occasion de l'exemple choisi par TOULLIER.

La seconde hypothèse de la loi 58 est celle-ci: « Mais si Titius et Seius avaient eu l'intention de se communiquer entre eux la propriété des quatre chevaux, et avaient effectué cette *communication*, la mort du cheval de Seius, survenue depuis, ne ferait pas cesser la société.

« Or, dit ÉTIENNE, une telle convention, sous notre législation, opérerait immédiatement la copropriété des quatre chevaux. Si Ulpien exige ici qu'il y ait non-seulement obligation de mettre en commun, mais encore réalisation de la communication, c'est parce que, chez les Romains, il falloit autre chose que l'obligation pour transférer la propriété; ce n'étoit pas parce que les parties rejetaient dans l'avenir la réalisation de leurs promesses. Si l'on pouvait supposer que le législateur a puisé l'art. 1867 dans cette seconde hypothèse de la loi 58, l'induction serait diamétralement opposée à l'opinion de Duvergier et entièrement favorable à la mienne. »

(5) *Suprà*, nos 921 et suiv.

(6) *Loc. cit.*, t. VII, nos 451 et suiv.

Add. BRAVARD-VEYRIÈRES limite aussi le sens de l'article 1867 à la simple promesse de rendre la société propriétaire, à une époque donnée, d'une chose déterminée. La société n'est pas devenue propriétaire par le seul effet de la chose donnée, parce qu'il a été convenu qu'elle ne le deviendrait que plus tard; elle n'est pas davantage devenue créancière actuelle de la chose, parce qu'il ne lui a été fait qu'une simple promesse de l'en rendre ultérieurement propriétaire. »

(7) *Suprà*, n° 917.

(8) *Infrà*, n° 1013.

(9) *Infrà*, n° 1012.

rendre la société propriétaire; la tradition y est passée sous silence, et je ne saurais par quel effort de divination on pourrait l'y introduire. Sachons comprendre la valeur de ce silence; surtout n'ayons pas la folle pensée de le tourner contre le droit commun, si énergiquement consacré par les articles 711 et 1138.

Dans le premier paragraphe, l'aspect change; le législateur va traiter le cas où la société n'est pas encore propriétaire, et où arrive la perte de la chose: mais pour que cette perte puisse intéresser la société, il faut qu'il y ait une liaison entre son existence et celle de cette chose. D'où procédera cette liaison?

De l'obligation contractée par l'associé de livrer la chose? Non! car, aux termes de l'article 1138, on tomberait dans le cas du troisième paragraphe, et le législateur se réserve de l'examiner dans un autre instant. Il se sert donc d'expressions qui indiquent une autre nature d'obligation; il pose la société en face d'une simple promesse de mettre en commun la propriété de la chose, sans que la mise ait encore été effectuée (1).

931. Qu'est-ce qu'une promesse de mettre quelque chose en société? est-ce une société parfaite, définitivement constituée?

Nons ferons une distinction, car l'expression *promettre* n'a pas toujours le même sens. Quelquefois elle se concilie avec un contrat actuel, parfait, et d'une exécution présente; d'autres fois, elle indique un contrat suspendu par une condition, et qui a mis la partie dans la nécessité de *promettre*, parce qu'elle ne pouvait pas actuellement *tenir;* d'autres fois, enfin, elle se prend à la lettre; elle exprime qu'on promet pour l'avenir ce qu'on ne veut pas faire présentement.

Ou la promesse résulte de paroles qui se réfèrent à un acte présent, à un fait actuel investi de toutes les qualités constitutives de la société, et alors elle est une société parfaite et définitivement constituée (2). C'est ce qui aurait lieu s'il était dit: « Nous nous « associons pour le commerce des blés à partir de ce « jour, et je promets d'apporter à la société mon vais« seau qui est dans le port de Marseille. » C'est en ce sens que le mot promis est employé dans l'arti-

---

(1) Add. TOULLIER avait ainsi présenté cette argumentation: « L'obscurité se dissipe en suivant la méthode prescrite par la raison et par les auteurs, d'interpréter les dispositions d'une loi les unes par les autres, et de s'attacher au sens qui s'accorde avec les principes généraux, plutôt qu'à celui qui s'en écarte sans motif. Interprétons la première disposition de l'article 1867, qui porte que la perte de la chose survenue *avant que la mise en soit effectuée*, opère la dissolution de la société, par la dernière disposition du même article, qui porte que la société n'est pas rompue par la perte de la chose *dont la propriété a déjà été apportée à la société*.

« Il est évident que ces expressions de *mise effectuée* et de *propriété apportée*, employées l'une dans la première, l'autre dans la dernière disposition de l'article, ont le même signification.

« Dans la première, on s'est servi de cette expression, *mise effectuée*, pour éviter la répétition choquante du même mot, si l'on avait dit « lorsque l'un des associés a promis de mettre en « commun *la propriété* d'une chose, la perte survenue avant que « *la propriété* en soit *apportée* opère la dissolution de la so« ciété. »

« Mais dans la dernière disposition, où l'on n'avoit point à éviter la répétition du même terme, on a rétabli le mot propre: « La « société n'est pas rompue par la perte de la chose dont *la pro« priété a déjà été apportée.* »

« On voit que pour expliquer quand la perte de la chose dont l'un des associés a *promis* de mettre la propriété *en* commun, opère la dissolution de la société, le code distingue si la perte est arrivée avant ou après la translation de la propriété.

« Si elle est arrivée avant cette translation, autrement *avant la mise effectuée*, la société est dissoute.

« Si elle est arrivée après que *la propriété a déjà été apportée*, la société n'est pas dissoute.

« Ainsi cette expression de *la mise effectuée* est synonyme de *propriété apportée:* il est du moins certain que l'art. 1867 les a employées l'une pour l'autre.

« Mais quand la propriété est-elle transférée ou apportée? L'art. 1867 ne le dit pas. Il faut donc, pour le savoir, recourir aux art. 711 et 1138 qui portent, l'un que la propriété est transférée par l'*effet des obligations*, l'autre, que l'obligation de livrer la chose *rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite*.

« L'obscurité, l'équivoque de la première disposition de l'article 1867 s'éclaircit donc, et son véritable sens est fixé par cette explication, et par le rapprochement tant de sa dernière disposition que des art. 711 et 1138. »

DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. IX, n° 9, adopte l'opinion de TOULLIER.

DURANTON faisait de cette manière de voir la critique suivante: « Le fond de ces observations est vrai, mais elles ne lèvent point la difficulté, elles ne concilient point la dernière partie de l'article avec la première, parce que, de l'aveu même de Toullier, cet article ne dit pas quand la propriété a été apportée à la société, quand la mise a été effectuée et qu'il reste toujours du doute sur le point de savoir laquelle des deux dispositions sera celle qui devra être appliquée, lorsque la chose que devoit apporter un associé sera venue à périr avant qu'il en ait fait la délivrance à la société, avant qu'il ait réalisé sa mise, avant qu'il l'ait *effectuée*.

« Dans le projet de loi sur le contrat de société, l'art. 57, correspondant à l'art. 1867 du code, portoit: « S'il a été contracté so« ciété pour y mettre le prix de la vente à faire en commun, de « plusieurs choses appartenant à chaque associé, et que la chose « de l'un périsse, la société est éteinte. »

« Le motif de cette disposition était facile à saisir: ce n'est pas des choses mêmes que se composerait le fonds social dans ce cas; il se composerait du prix qui proviendrait de ces choses en les vendant; chacun des associés restant propriétaire de sa chose, la perte resteroit pour son compte. C'est l'une des deux hypothèses faites dans la loi 58, D. *Pro socio*.

« On voulut rendre cette disposition plus générale, et l'on proposa dans cette vue un autre article ainsi conçu: « La chose que « l'un des associés *devait mettre dans la société*, et qui a péri, « opère la dissolution de la société par rapport à tous les as« sociés. »

« Mais cette rédaction, qui aurait manifestement combattu en cette matière le nouveau principe des articles 711 et 1138, et qui auroit même dérogé sans motif aux anciens principes, tels qu'ils ont été professés par tous les auteurs, ne fut pas non plus adoptée; elle fut remplacée par celle de l'art. 1867, sans que l'on trouve dans les procès-verbaux du tribunat les motifs de ce changement.

« Si l'on s'en était tenu à la rédaction du projet de loi, il n'y aurait pas eu de difficulté. Quoi qu'il en soit, dans le doute que présentent des dispositions aussi obscures que celles de cet article, premier et troisième alinéa, on doit appliquer les principes généraux du code sur l'effet de la translation de la propriété par le seul consentement des parties, et sur la perte de la chose, lorsque les termes du contrat de société n'indiqueront pas que l'associé qui a *promis d'apporter un corps certain* dans la société, ou *d'y mettre ce corps*, ou *de mettre la propriété de ce corps en commun*, ou qui aura *déclaré mettre telle chose dans la société* ou *en commun*, a entendu se charger des cas fortuits jusqu'à la réalisation de sa mise, c'est-à-dire jusqu'à la délivrance ou tradition de l'objet. »

(2) Voyez DUMOULIN, cité dans mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 125.

cle 1845, où il est dit : « Chaque associé est débiteur « envers la société de tout ce qu'il *a promis* d'y apporter. » C'est encore en ce sens que Pothier s'est servi aux n°s 110, 111, 115, 115, 116, 117 de son *Contrat de société*.

Mais si la promesse est renfermée dans les termes d'un acte à faire dans le futur, si ces termes ne disposent que pour l'avenir (1), la promesse établira sans doute un lien de droit entre les parties ; mais elle différera d'une société pure, en ce que, pour son entière exécution, elle requerra le complément de faits ultérieurs.

Tantôt ce sera une simple promesse de société semblable à une promesse de vente *in futurum*, et incapable de transférer la propriété de plein droit et immédiatement (2); tantôt ce sera une société conditionnelle dans laquelle les parties ont dû se borner à convenir de la destination de la chose, soit parce que cette chose n'existait pas encore, soit parce qu'on n'en avait pas la libre disposition.

932. Ainsi, par exemple (3), je promets de mettre en société une cargaison de blé qui, partie d'Odessa sur le navire *le Sphinx*, doit arriver bientôt à Marseille, et que je me propose d'acheter ; il est évident qu'il n'y a pas de société pure dans une telle convention, et que c'est le cas de dire avec Dumoulin : « Intentio partium et verba dispositiva referuntur ad « actum de futuro. »

Ainsi encore, je promets de mettre en société mon navire *l'Ajax*, qui reviendra dans trois mois d'un voyage aux Indes. Est-ce là une société assise sur ses bases définitives ? Cette convention ne contient-elle pas une simple destination de la chose, et non une attribution ?

Ayant un jeune cheval de choix, je promets que lorsqu'il sera revenu des pâturages de Normandie, où il achève de s'engraisser, j'en mettrai la propriété en société avec vous pour le réunir à vos trois chevaux, et en faire un bel attelage que nous vendrons aux écuries du roi. Est-il besoin de dire que cette affaire, comme la précédente, est en suspens et qu'elle attend un complément (4)?

Enfin, pour en finir avec les exemples : Pierre est en instance auprès du gouvernement pour obtenir la concession d'une mine, et, dans la prévision d'une autorisation prochaine, il s'entend avec divers capitalistes dont le concours lui est nécessaire pour l'exploitation future de la mine, et il passe avec eux

---

(1) DUMOULIN, *ut suprà*.

(2) Mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 130.

Add. DEMANTE, p. 545, ne suppose d'application au premier alinéa de l'art. 1867, que quand il s'agit de choses *non certaines*. « Mais, ajoute-t-il, lorsque la propriété de la chose n'est encore que promise et non apportée à la société, ce qui, selon nous, suppose nécessairement qu'il n'y a pas eu promesse pure et simple d'apporter un corps certain, la chose, tant que la mise n'est pas effectuée, demeure aux risques du promettant. Dans ce cas donc, comme dans celui où l'apport consiste en jouissance, la perte de la chose empêchera, faute d'objet ou de cause, la naissance des obligations respectives ; la société, par conséquent, sera dissoute, ou pour mieux dire, elle sera réputée n'avoir jamais existé. »

ÉTIENNE, *Revue des revues de droit*, t. IV, p. 181, fait remarquer que, dans le cas de promesse de société *in futurum*, la société serait conditionnelle; et il ajoute : « Or, je crois pouvoir démontrer que l'article 1867 ne peut s'appliquer à une promesse conditionnelle d'apporter un objet dans la société.

« En effet, l'article 1867 se trouve sous le chapitre *des diverses manières d'éteindre les obligations* ; la perte de la chose promise avant l'apport éteint la société, c'est-à-dire les obligations de tous les associés. Or, la perte d'une chose promise sous condition, arrivée avant l'événement de la condition, n'éteint pas une obligation qui n'a jamais existé, mais rend son existence impossible, faute d'objet. Donc l'article 1867 ne s'entend pas d'une promesse conditionnelle, donc il ne s'entend pas d'une promesse d'apporter un corps certain dont la réalisation est rejetée dans l'avenir. »

(3) DELVINCOURT, t. III.

(4) **Add.** C'est l'exemple donné par TOULLIER, n° 459, et puisé dans la loi 58, D. *Pro socio*.

DUVERGIER, n° 403, dit à ce sujet : « Cet exemple, choisi par Toullier, n'est pas, à mon avis, satisfaisant, car la combinaison qu'il retrace ne constitue pas une société.

« Delvincourt indique une autre hypothèse : c'est celle où la chose promise n'appartenait pas, au moment du contrat, à l'associé qui s'est engagé à la livrer.

« Ainsi, dit-il, Pierre et Paul savent qu'il doit arriver à Bor- « deaux et à Marseille deux cargaisons d'un débit avantageux : « Pierre s'engage d'acheter celle de Bordeaux, Paul celle de Mar- « seille, et ils s'obligent mutuellement à les mettre en commun, « pour en partager les bénéfices. La cargaison de Bordeaux périt « par la fortune de mer, avant que Pierre ait pu l'acheter. Dans « ce cas, Pierre se trouvant dans l'impossibilité d'effectuer sa « mise, la société est dissoute, et il n'a aucun droit à prétendre « sur la cargaison de Marseille. »

« Ce cas est, en effet, un de ceux où le premier alinéa de l'article 1867 recevrait son application; mais ce n'est certainement pas le seul. Il peut très-bien arriver que l'associé soit propriétaire de la chose qu'il promet de mettre en commun, au moment où il fait la promesse, et que cependant la propriété n'en soit pas transmise immédiatement à la société. C'est ainsi que j'ai montré qu'il y a des promesses de vente qui ne transmettent pas sur-le-champ la propriété des choses qui en sont l'objet. Je crois avoir établi qu'en vertu de la maxime *la promesse de vente vaut vente*, il y a transmission de la propriété, du moment même où la promesse a été faite (voy., à ce sujet, Troplong, n° 934) ; mais j'ai expliqué que si les parties ont manifesté l'intention de rejeter dans l'avenir les effets de leur convention, il sera impossible de résister à la force d'une volonté nettement exprimée, et de faire prévaloir sur cette volonté la règle que la promesse de vente vaut vente. J'ai cité un passage des manuscrits de Carré qui justifie cette opinion. J'ai dit, enfin, que le jour fixé par la convention une fois arrivé, la vente apparaîtra complète, parfaite avec toutes ses conséquences, transmettant la propriété, faisant passer la responsabilité des risques du vendeur à l'acheteur; et cela par la force de la convention primitive. L'application de ces idées à la société montre que, si un associé a promis de mettre une chose en commun, avec l'intention de suspendre jusqu'à une époque déterminée la transmission de la propriété, la société ne sera saisie qu'à cette époque, et qu'elle sera dissoute si la chose périt antérieurement.

« La règle ancienne reproduite par l'article 1302 du code civil, que le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte de la chose due, n'a rien de contraire à ce qui vient d'être dit. Celui qui a *promis* de vendre, comme celui qui a *promis* de mettre en société *à l'avenir* une chose déterminée, n'est point débiteur de cette chose; il n'est débiteur que d'un fait. »

FAVARD, *Société*, p. 229, donne un exemple analogue à celui donné par DELVINCOURT.

Les annotateurs de ZACHARIÆ se rangent à l'opinion de DELVINCOURT : « Il résulte des observations du tribunat qui ont amené la rédaction définitive, disent-ils, que l'on a simplement voulu indiquer les conséquences qu'entraîne, relativement à la dissolution de la société, la règle *res perit domino*, et non fixer l'époque à laquelle la copropriété de la chose formant la mise de l'un des associés devait être considérée comme acquise aux autres associés. D'après cette interprétation, le premier alinéa de l'article 1867 ne devient applicable que dans les hypothèses où, par exception, la copropriété n'est pas transmise par le seul effet du contrat. C'est ce qui a lieu, par exemple, 1° lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun une chose dont il n'est point encore propriétaire et qui vient à périr avant que cet associé n'en ait acquis la propriété; 2° lorsque la condition sous laquelle l'un des associés a promis d'apporter une chose dans la société, ne se réalise que postérieurement à la perte de cette chose. »

une promesse portant qu'il mettra la mine en société et qu'eux prendront tant d'actions (1). Cette promesse est encore une de celles dans lesquelles on trouve une chose destinée, mais non apportée à la société.

933. Dans tous ces cas, la promesse est séparée de la réalisation de la mise par un intermédiaire. Si la société est conditionnelle, il faudra attendre l'événement qui, en la purifiant, permettra d'effectuer la mise; s'il n'y a eu qu'une simple promesse de société, il faudra un fait pour passer de la promesse à l'acte, et ce fait sera ou un nouveau contrat qui complétera le premier, ou bien la tradition de la chose promise qui suppléera à ce contrat, et de laquelle résultera la preuve et la manifestation d'une société devenue parfaite et actuelle (2). Car, de même que la tradition de la chose dont on a promis de faire vente réalise la vente même (3), de même la tradition de l'objet qu'on avait promis de mettre en société réalise la société. « Uti non minùs, disait Voet, *re* quam « *verbis* societatem coire placet (l. 4, D. *Pro socio*), « ita ratio non est cur non idem in emptione probe- « tur (4). » La tradition n'est pas requise ici comme une nécessité pour transférer la propriété, mais comme preuve que les parties sont entre elles dans les termes d'une société véritable et parfaite.

934. Eh bien! ce sont les cas analogues à ceux que j'ai cités au numéro 932, dont le législateur s'est occupé dans le paragraphe premier de l'article 1867; c'est en les contemplant qu'il a parlé d'un associé qui *a promis de mettre en commun la propriété d'une chose*; c'est pour eux qu'il a prévu le cas de perte *avant que la mise en soit effectuée*. Si Duranton soutient que ce n'est pas vraisemblable, nous lui répondrons par Ulpien et Celsus, par tous les jurisconsultes qui ont répété la distinction entre la chose destinée et la chose communiquée, par le projet primitif de la commission dont les amendements postérieurs ne sont que l'extension et la généralisation. Mais ce qui serait invraisemblable au plus haut degré, c'est que l'article 1867 eût oublié les principes nouveaux sur l'effet de l'obligation de livrer; c'est que, se séparant de Pothier, son guide habituel, il n'eût pas su que la perte d'une chose, qu'on s'est obligé de livrer, périt pour le créancier avant toute tradition (5); c'est qu'il l'eût fait périr pour le débiteur et non pour la société. Je sais bien pourquoi Duranton est gêné par l'article 1867, et ne s'accommode pas à son horizon : c'est qu'ayant enseigné ailleurs que la promesse de vente transfère la propriété comme la vente même, il ne comprend pas pourquoi l'article 1867 n'attache pas la translation de la propriété à une promesse de société (6). Une erreur l'empêche de voir cet article dans sa clarté, et il lui reproche d'être obscur!

934 2° (7).

---

(1) Voyez *suprà*, n° 332, une combinaison que celle-ci me rappelle, quoique l'une et l'autre se distinguent par de graves différences.

(2) Mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 114.

(3) Idem, n° 130.

(4) Ad Pandectas, *de cond. empt.*, n° 2.

(5) *Suprà*, n° 533.

(6) Voy. mon *Comm. de la Vente*, t. I, n° 130.

(7) **Add.** *Interprétation donnée à l'art. 1867 par Étienne.* — Après avoir établi qu'en faisant courir dans l'art. 1846 les intérêts de plein droit, le code avait abandonné sous ce rapport la doctrine de POTHIER, n° 116, ÉTIENNE, *Revue des revues de droit*, t. IV, p. 153, ajoute : « D'après ce qui précède, voici quel serait mon système :

« Quoique la maxime *res perit domino* soit fausse en droit romain, quoique le seul principe qui ait existé à cet égard soit : *Debitor rei certæ ejus interitu liberatur*, elle est vraie en droit français. Les législateurs ont fait confusion; mais en fait ils l'ont admise, c'est avec regret qu'on est forcé de le reconnaître. Ainsi, lorsque le législateur a décidé que les risques étaient pour le débiteur d'un corps certain, c'est comme s'il avait dit que le corps certain reste la propriété du débiteur. C'est ce qui a lieu dans le cas d'une obligation conditionnelle; j'ajoute que c'est ce qui a lieu dans tous les cas en matière de société. En effet, il est difficile, d'après la généralité des termes de l'art. 1867, de ne pas admettre que le législateur a voulu dire que, lorsque l'associé a promis d'apporter en commun un corps certain, la société est dissoute, faute d'objet, lorsque ce corps certain vient à périr avant la translation de propriété, et que cette propriété n'est apportée à la société que par la tradition réelle. Cela est sans difficulté lorsque, ainsi que le dit Duvergier, la translation de propriété est rejetée dans l'avenir par une clause formelle. A mon avis, cette clause est sous-entendue dans l'obligation conditionnelle, et même dans l'obligation à terme. Je vais plus loin, et je pense que, si je promets de mettre en commun, à Paris, mon cheval qui est à Versailles, cette promesse contenant en elle-même un terme, par suite du principe énoncé dans le § 27, titre XIX du livre III des Institutes de Justinien, si le cheval vient à périr par cas fortuit, avant que j'aie pu le livrer à Paris, la société est dissoute faute d'objet. Le législateur a donc cru, pour ces cas, être dispensé de dire, dans l'article 1867, qu'il fallait une tradition réelle pour transférer la propriété.

« Il reste un cas à expliquer, c'est celui de la promesse pure et simple d'un corps certain qui vient à périr par cas fortuit, depuis que le débiteur a pu en faire la tradition réelle, et c'est ici que mon système vient en aide pour expliquer comment le législateur a pu être amené à penser qu'il n'avait pas besoin de dire, dans l'art. 1867, qu'il entendait déroger à ce qu'il avait posé en principe dans les art. 711, 1138 et 1302.

« Ayant admis dans l'article 1846 une dérogation à la doctrine de Pothier, en faisant courir sans sommation les intérêts d'une somme promise par un associé, parce qu'il le suppose en demeure de plein droit, le législateur a dû nécessairement être conduit à cette idée, que le débiteur d'un corps certain est aussi en demeure de plein droit, du moment de la promesse, que, par conséquent, il court les risques de la chose promise, jusqu'à la tradition réelle; de là à la conclusion que les parties ont entendu qu'il resterait propriétaire jusqu'à la réalisation, il n'y a certes pas loin; et c'est pour cela, sans doute, qu'il a pensé que si la chose périssait avant la tradition, la société devenait sans objet, et qu'il n'était pas nécessaire qu'il exprimât cette pensée formelle.

« Ainsi, à mon avis, il n'y aurait pas à distinguer entre le cas où l'associé aurait rejeté dans l'avenir la translation de propriété, ou bien aurait promis à terme ou sous condition, et le cas où il aurait promis purement et simplement.

« Dans tous les cas, la propriété de la chose promise ne sera apportée à la société *que par la tradition*. Par là l'art. 1867 reste général, comme d'ailleurs il semble l'être; et j'ajoute plutôt à l'opinion de Duvergier que je ne la combats. »

Cette opinion d'ÉTIENNE est suivie des observations suivantes des directeurs de la *Revue française et étrangère* : « Étienne donne une explication neuve et ingénieuse de l'art. 1867, mais les termes de cet article ne nous paraissent pas se concilier entièrement avec son système. Il est vrai que l'art. 1846 fait courir de plein droit les intérêts de la somme d'argent qui forme l'apport de l'un des associés. De là Étienne conclut qu'en principe chaque associé est en demeure du jour où il doit effectuer son apport, sans qu'il ait été besoin de lui faire sommation. Cette déduction pourrait être contestée; on pourrait soutenir qu'elle est trop générale et trop absolue. Mais, même en l'admettant, la doctrine d'Étienne n'est pas à l'abri de toute controverse. En effet, après avoir établi qu'il y a mise en demeure pour chaque associé de plein droit, du jour même où l'apport a dû être fait, il ajoute que, suivant la règle consacrée par l'article 1302, l'objet formant la mise sociale est, à compter du même jour, aux risques de l'associé, et qu'ainsi il est tout naturel que si cet objet périt avant d'avoir

935. Ces éclaircissements suffiront, je pense, pour empêcher d'aller chercher dans l'article 1867 un renversement des principes fondamentaux du code sur l'effet de l'obligation de livrer. Non! l'article 1867 n'exige pas la tradition pour la saisine sociale. Non! il ne fait pas de la société un contrat parfait par la chose (1); il s'harmonise à merveille avec les règles du contrat de vente, auquel l'article 1845 compare le contrat de société.

936. Maintenant que l'article 1867 est rétabli dans son véritable aspect, entrons dans les détails d'application.

La société est dissoute par l'extinction de la chose sociale, avons-nous dit au n° 918. Tout ce qui prive la société de cette chose, mort, destruction violente, ruine financière, dépossession par expropriation forcée, etc., tout cela se trouve compris dans le § 2 de l'article 1865.

937. Ceci sert à décider une question qui a été sérieusement agitée, bien qu'elle ne nous paraisse pas sérieuse. Elle consiste à savoir si la société est rompue, non pas par la faillite d'un seul ou de plusieurs des associés (2), mais par sa propre faillite. L'affirmative est plus claire que le jour. Mais, comme on peut trouver des raisons au soutien des opinions les plus bizarres, voici ce qu'on a dit (3) :

« L'article 1865 ne range au nombre des causes de dissolution de la société que la faillite d'un seul des associés, et non la faillite de la société même : on en sent la raison. La déconfiture d'un des associés nuit à l'égalité; les associés solvables seraient tenus pour l'insolvable. La position est tout autre quand c'est la société elle-même qui est tombée en faillite; il y a égalité dans le désastre commun. Il est vrai que la société faillie ne pourra plus agir comme par le passé; les pouvoirs des gérants seront suspendus; il y aura des syndics qui administreront, comme en cas de faillite, les intérêts de la société. Mais la collection d'individus et de choses qui formait la société n'est pas dissoute. Au jour du concordat, les gérants pourront reparaître; ils conserveront le pouvoir de traiter au nom de la société, de la représenter vis-à-vis des créanciers. Admettre un autre système, ce serait priver les sociétés anonymes et en commandite de l'avantage du concorder; car ces sociétés ne peuvent se mouvoir que par leurs administrateurs, et s'il n'y a plus ni société ni gérants, que pourront faire les actionnaires qui sont quittes en abandonnant leurs mises? quelles propositions pourront-ils faire? que pourront-ils demander?

« Ainsi, les anciens gérants doivent retrouver tous leurs droits pour concorder, et la société reprendra ses opérations après la faillite de la même manière que l'aurait fait un négociant failli. »

Cette opinion ne ressemble pas mal à un amusement inventé pour jouer sur la comparaison d'une société et d'un individu. Comment ne voit-on pas que la faillite est une des causes les plus profondes de dissolution d'une société? D'abord, la société est arrêtée dans sa marche. L'apposition des scellés la condamne à l'inaction; elle qui s'était instituée dans le but de se procurer des bénéfices, elle ne peut agir : son mouvement est paralysé.

Mais ensuite qu'est-ce que la faillite? N'est-ce pas l'absorption de l'actif de la société par son passif? En d'autres termes, n'y a-t-il pas pour elle perte de la chose, extinction de son capital sous le poids des dettes? Or, nous avons vu par le § 2 de l'article 1865 que la société est dissoute par l'extinction de la chose. C'est pourquoi Felicius, en parlant d'un cas analogue au nôtre, dit très-bien : « Et si contractâ sit societas « ad decennium, quod *si interim capitale perdatur*, « societas extinguatur, tradit Castraeus in tractatu « *De societ. officior.*, cap. XXXIX, n° 2 (4). »

Je ne dis pas cependant que les gérants de la société ne puissent traiter avec les créanciers pour un concordat. Mais ce n'est pas parce que la société existe encore qu'ils ont ce pouvoir, c'est parce qu'elle a existé; c'est moins comme gérants qu'ils agissent, que comme liquidateurs (5).

Et si les créanciers consentent à concorder, la société n'aura éprouvé, par le fait, qu'une suspension,

---

été effectivement apporté à la société, la société soit dissoute puisque la perte doit tomber sur l'associé.

« Ce raisonnement serait sans réplique, si l'article 1867 prévoyait seulement le cas où un associé ayant promis d'effectuer sa mise à une époque déterminée, la chose aurait péri postérieurement à cette époque. Alors il serait possible de dire : Le jour fixé pour effectuer l'apport est arrivé; à compter de ce jour l'associé est en demeure, la chose est à ses risques; si elle périt, elle périt pour son compte et non pour celui de la société; donc la société est dissoute, puisque l'un des associés a manqué à l'engagement essentiel de fournir son apport.

« Mais l'art. 1867 est conçu en termes généraux; il dispose sans distinction que la perte survenue avant l'apport effectué dissout la société; il embrasse par conséquent également le cas où l'associé est en demeure par l'échéance du jour fixé pour effectuer l'apport, et le cas où ce jour n'est pas encore échu. Or, pour celui-ci, l'explication d'Étienne nous semble en défaut, la solution fondée sur la mise en demeure ne peut plus, en effet, être invoquée, lorsqu'il est certain qu'il n'y a pas de mise en demeure possible. »

(1) *Suprà*, nos 520 et 525.

Add. Op. conf. de FAVARD, *Société*, p. 329.

(2) *Suprà*, n° 905.

(3) **Add.** Dans un numéro du *Journal de commerce*.

(4) Cap. XXXIV, n° 4.

(5) PERSIL fils, p. 354.

Add. Où il dit : « Je soutiens que, même en cas de concordat, la société est dissoute : pour prouver cette dissolution, je n'ai besoin que de donner la définition du concordat. Qu'est-ce qu'un concordat? C'est un arrangement passé entre la majorité des créanciers et le failli. Qui dit arrangement, dit convention nouvelle : cette convention nouvelle change la nature de la société. Par conséquent, ce n'est plus la même société : la première est dissoute; la seconde est bien contractée entre les mêmes individus, mais elle ne repose pas sur les mêmes bases. En effet, les créanciers peuvent exiger, 1° que les gérants soient changés; 2° que, s'ils sont conservés, ils ne conservent pas la même étendue de pouvoir. De toute évidence, la société n'est plus la même, il faut donc que la première ait été dissoute par la faillite.

« Mais, répond-on, ce qui prouve que la faillite de la société n'entraîne pas sa dissolution, c'est que les administrateurs ont traité avec les créanciers; s'ils ont traité, c'est qu'ils conservaient leur titre, et s'ils conservaient leur titre, c'est que la société existait encore. C'est une erreur. Ils n'agissaient plus, après la faillite de la société, que comme liquidateurs. Comme gérants, ils avaient mission de surveiller l'administration de la société, jusqu'au moment où ses intérêts seraient parfaitement liquidés : leur pouvoir devait exister, non-seulement pour tous les actes faits pendant l'existence de la société, mais encore pour tous les actes passés *à l'occasion* de la société. Eh bien! dans le concordat, ils représentent encore les intérêts de la société, ils sont là pour les protéger : mais leur présence au concordat ne prouve pas l'existence actuelle de la société... Elle prouve seulement que la société a existé. Elle prouve encore leur mission d'administrateurs, qui continue jusqu'au moment où tous les intérêts de l'ex-société seront pleinement garantis. »

DURANTON, n° 374, admet *per transennam* que la société est dissoute par sa propre faillite.

et le consentement de tous les intéressés l'aura réintégrée dans ses conditions d'existence (1).

Mais ceci est le résultat du consentement des intéressés qui, par sa puissance, peut la relever de sa chute.

938. Lorsque la chose sociale est périe, les associés ne sont pas tenus d'en fournir une autre pour la remplacer et prolonger l'existence de la société (2).

939. Mais si tous y consentent, la dissolution n'a pas lieu : c'est encore un cas où le consentement la soutient et la dégage du principe de sa ruine.

940. Le fonds social, au lieu de périr en entier, peut éprouver de simples diminutions. Si ces diminutions sont d'assez grande conséquence pour rendre la chose impropre à son objet et la société impossible, il y aura dissolution. Si, au contraire, elles ne font que rendre les bénéfices moins élevés, la société n'en subsiste pas moins (3).

941. Après avoir parlé de la perte du fonds social, contemplée par l'art. 1865, la liaison des idées nous conduit à la perte de la chose apportée par l'un des associés; mais ce que nous avons dit ci-dessus rendra notre tâche courte et facile.

Il faut distinguer entre le cas où la propriété de la chose a été apportée et le cas où la jouissance seule est mise dans la société.

942. Dans le premier cas, une sous-distinction est nécessaire.

Ou la chose est entrée dans le domaine de la société quand elle périt, et sa perte n'entraîne pas la dissolution de la société, à moins qu'elle ne fût la chose principale, essentielle, pour l'action de la société (4).

Ou bien, au moment de la perte, cette chose n'était pas encore entrée dans le domaine de la société (5), et son extinction empêche la société et la dissout (6), par cette raison capitale, que l'un des associés ne pouvant plus effectuer sa mise, l'égalité manquerait au contrat (7).

942 2° (8).

942 3° (9).

---

(1) *Infrà*, n° 1038.

(2) *Suprà*, n°s 182, 183.

(3) MALEPEYRE et JOURDAIN, n°s 459, 460.

Add. MAZERAT sur DEMANTE dit ici, n° 590 : « Dans le cas où, suivant l'article 1867, premier alinéa, la perte de la chose formant la mise de l'un des associés opère la dissolution de la société, si la perte n'est que partielle, ou s'il y a seulement détérioration, il faut appliquer l'art. 1182, et décider que, si ce fait est arrivé sans la faute de l'associé, ses coassociés peuvent opter pour la dissolution de la société ou pour son maintien, sans aucun changement dans la position de l'associé, etc. C'est dans cet article que réside la règle générale, et il n'est rien dit ici de spécial. S'il y avait promesse d'apport pure et simple, la perte totale ne dissolvant pas la société, *à fortiori* en serait-il de même de la perte partielle. Toutefois, si la perte était arrivée au moment de l'obligation pure et simple d'apporter, on appliquerait l'article 1601. Si c'est la jouissance seulement qui a été apportée, comme nous avons décidé que la société est à cet égard assimilée au preneur dans le louage, nous devons appliquer l'article 1722, et dire que la société peut être dissoute selon les circonstances, et que si elle est maintenue, la part de l'associé dont la mise est diminuée doit subir une réduction proportionnelle.

« *Nota*. L'art. 1182 ne s'applique qu'au cas où l'obligation est conditionnelle. »

Cette dernière solution est approuvée par TOULLIER, t. VII, n° 461.

(4) *Suprà*, n° 925.

Add. DUVERGIER dit, n° 425 : « Si les choses qui composent la mise ne sont point des corps certains et déterminés, la perte survenue avant la livraison ne dissout point la société, parce que l'associé qui a promis des choses déterminées seulement par leur espèce, ne peut dire qu'elles ont péri. *Genus nunquàm perit.* » Op. conf. de FAVARD, *Société*, page 129; de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 463; de DURANTON, n° 467.

Voici, d'après PARDESSUS, n° 989, la justification du principe : « La société étant devenue propriétaire, la perte d'une mise n'empêche pas qu'elle ne continue, tant que d'autres parties de l'actif social offrent matière aux opérations. Ceux dont la mise subsiste, ne seraient pas fondés à réclamer la dissolution de la société, ou à prétendre, lors du partage, plus de droits que l'associé dont la mise a péri; parce que l'effet de la livraison a été que l'ancienne propriété exclusive disparût pour être remplacée par une copropriété, qui ne permet plus à l'un des associés, même à celui à qui elle appartenait, d'y prétendre plus de droits que les autres. »

Jurisprudence. — Quoiqu'une société prenne fin par l'extinction de la chose ou la retraite d'un associé, cependant la société formée pour l'exploitation d'un brevet d'invention ou établissement industriel, n'a pas cessé d'exister jusqu'à la demande en dissolution, soit par l'annulation ou révocation du brevet d'invention, soit par la non-réalisation de mise sociale, soit par la retraite de l'un des associés, si, d'ailleurs, l'établissement s'est continué; seulement la société n'est censée avoir continué d'exister qu'entre les associés restants, encore bien que l'un d'eux n'aurait pas fourni sa mise, et, dans ce cas, l'acte social a pu être pris pour base du règlement des droits des associés (17 février 1830. Req. Lespinois. DALLOZ, XXX, 1, 135).

(5) *Suprà*, n°s 928 et suiv.

(6) *Suprà*, n°s 920, 924.

(7) **Add.** « Dans ce cas, disent MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 463, l'associé qui a promis d'apporter la propriété ou la jouissance de cette chose, ne peut plus exécuter sa promesse, et dès lors le contrat doit être rompu, conformément aux principes généraux, qui veulent que la condition résolutoire soit toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à ses engagements (code civil, art. 1184). »

On a vu ci-dessus, n° 925, que ces auteurs exigent la tradition pour rendre la société propriétaire.

(8) **Add.** Quid *si, l'apport promis consistant dans la propriété d'un corps certain, la chose vient à périr pendant la demeure de l'associé débiteur?* — MAZERAT sur DEMANTE répond, ne supposant que la chose est entrée dans le domaine de la société, car il ne fait pas la distinction de TROPLONG : « Si l'apport consiste dans la propriété d'un corps certain, la perte arrivée, même après la demeure de l'associé, ne dissout pas la société, lorsque cette chose aurait également dû périr, quoique l'associé eût satisfait à son obligation; la société ne souffre nullement de ce retard, et elle est devenue propriétaire, malgré la non-tradition. L'article 1867, premier alinéa, suppose sans doute que la promesse d'apport est conditionnelle. Il n'est pas parfaitement en harmonie avec les principes. »

(9) **Add.** *La dissolution amenée par la perte de la chose promise et qui est entrée dans le domaine de la société, donne-t-elle droit au partage à l'associé qui avait promis cet apport?* O. LECLERCQ répond, t. VI, p. 270 : « De ce que la propriété est transmise à la société, quoique l'objet ne soit que promis, il suit qu'elle n'est pas aux risques du sociétaire qui s'est engagé, mais qu'elle est aux risques de la société créancière de cet objet. Ce sociétaire partagera donc dans tous les autres objets de la société, si la perte est arrivée sans sa faute, sans quoi on devrait dire qu'il n'a jamais existé de société à son égard, ce qu'on ne peut certainement pas admettre, puisque le contrat de société est parfait par le seul consentement des parties, et qu'on ne pourrait déclarer dissoute une société qui n'a jamais existé.

« On me dira que je fais cesser la société dans ce cas, par suite de la condition résolutoire qui est sous-entendue dans tous les contrats synallagmatiques : or, lorsque la condition résolutoire s'accomplit, elle opère la révocation de l'obligation, et remet les choses au même état que si l'obligation n'avait pas existé.

« Cependant si, dans l'espèce, l'obligation n'avait jamais existé, ce sociétaire ne partagerait point dans les autres biens de la so-

943. Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque c'est la jouissance d'une chose qui a été mise dans la société, soit qu'elle périsse avant ou après la dévolution à la société, son extinction est une cause de dissolution (1).

La loi place ici la société sous l'influence d'une règle analogue à celle qui gouverne le bail (2). La perte de la chose louée entraîne la rupture du contrat de louage, parce que ce contrat, qui a pour objet principal de faire jouir le preneur, manque de base si la chose vient à périr (3). De même, la jouissance d'une chose stipulée comme apport dans une société est un émolument que l'associé s'est engagé à procurer à la société pendant tout le temps de sa durée; il doit la faire jouir, sinon la condition du contrat manque, et l'on tombe dans un cas de dissolution (4).

943 2° (5).

---

ciété, la perte de la chose qu'il avait promise serait entièrement pour lui.

« Je réponds qu'il y a plusieurs espèces de contrats. Il en est qui peuvent s'exécuter entièrement dès le moment qu'ils sont formés; qui, dès ce moment, séparent les contractants l'un de l'autre; qui ne laissent à aucun d'eux des obligations à remplir envers l'autre : tout est terminé, tout est consommé après la formation et l'exécution du contrat. Telle est la vente : si l'objet appartient au vendeur et qu'il n'ait pas de vices cachés, dès qu'il est livré et payé, toutes les obligations des contractants cessent; leurs qualités de créanciers et de débiteurs s'effacent au même instant. Tel est encore l'échange : si les objets appartiennent aux copermutants, dès qu'ils sont transmis leurs obligations sont remplies.

« Lorsque ces contrats se résolvent par l'accomplissement de la condition résolutoire, les parties sont remises dans l'état où elles étaient avant de contracter, on ne peut donner d'autres effets à cette résolution.

« Mais il est des contrats qui s'exécutent successivement; les obligations entières des contractants ne peuvent être remplies d'abord après la formation du contrat. Il y a plusieurs exécutions, plusieurs obligations, ou du moins une obligation continuée; on pourrait, pour ainsi dire, diviser ces conventions en plusieurs contrats; tels sont le louage, la société, le prêt, le dépôt, le mandat. Dès que le louage est formé, le bailleur doit laisser jouir le preneur, et celui-ci doit payer le prix, ces exécutions se succèdent. Or, lorsqu'un pareil contrat se résout par l'accomplissement de la condition résolutoire tout le contrat ne se résout pas, il n'y a que la partie qui reste à exécuter; les contractants restent dans l'état où ils sont au moment de la résolution du contrat; ils ne sont plus obligés pour l'avenir, mais le passé reste. Ainsi, supposez qu'on ait donné un bien rural à bail pour six ans; après trois ans le preneur cesse de payer, ou il ne remplit pas ses autres obligations, le contrat peut être résolu, les parties seraient-elles remises dans l'état où elles étaient avant d'avoir contracté? Le bailleur rendra-t-il tout l'argent qu'il a reçu, et le preneur restituera-t-il tous les fruits qu'il a perçus? Non, sans doute. Ceci devient encore plus saillant, si vous l'appliquez au loyer d'une maison. Il en est de même dans le contrat de société, elle cesse lorsque la condition résolutoire s'accomplit; mais le passé reste, et le partage n'est qu'une suite de la première obligation contractée, ou de la formation du contrat; il se fera donc, et tous y seront admis, mais les gains et les pertes ne se communiqueront plus après la dissolution de la société. »

Cette opinion de LECLERCQ n'est pas admise par DURANTON. Après avoir rappelé la première disposition de l'article 1867, il ajoute : « Ce qui veut dire clairement que l'associé n'a rien à prétendre dans les choses promises ou déjà apportées par les autres associés.

« Et évidemment il s'agit ici d'un corps certain et déterminé, car il n'y a qu'un corps certain et déterminé qu'on puisse dire avoir péri : *genus non perit*. »

(1) *Suprà*, nos 932 et 934.

(2) TOULLIER, t. VII, nos 451, 452.

(3) Mon *Comm. du Louage*, nos 202 et suiv., et no 199.

(4) **Add.** DALLOZ dit ici, no 7 : « Remarquons néanmoins avec Pardessus, no 990, que si un événement quelconque rendait inutile l'usage de la chose apportée par un associé, ou si la chose dont les fruits ont été mis en société, n'en produisait pas pendant un temps plus ou moins long, la société ne serait pas dissoute, ni les droits de l'associé diminués par cet événement, qui ne serait considéré que comme une perte sociale. »

DURANTON, no 465, s'exprime ainsi : « La société est dissoute par la perte de la chose dont la jouissance seulement a été mise dans la société par l'un ou plusieurs des associés; comme dans le cas, par exemple, où l'un d'eux a apporté la jouissance seulement d'une fabrique, d'un moulin, qui est venu à brûler, car, ayant promis une jouissance successive de sa chose pendant la durée de la société, il ne peut plus remplir son obligation; c'est un associé qui se trouve maintenant sans mise effective. Or, comme il est de l'essence de la société que chacun des associés y contribue, il ne peut plus y avoir de société lorsque l'un des associés n'a plus rien pour y contribuer.

« Il a toutefois droit, pour sa part, aux bénéfices qui existeraient au moment de la perte de la chose; mais il n'a pas droit pour l'avenir à la jouissance des choses mises ainsi pour le simple usage dans la société par les autres associés; car, si cela était, la loi ne prononcerait pas la dissolution de la société, puisqu'il resterait encore un fonds commun. »

(5) **Add.** *Dans le cas où les choses des autres associés ont été mises dans la société pour la propriété, quels sont les droits de l'associé dont la chose mise pour la jouissance seulement est venue à périr?* — DURANTON, no 466, résout ainsi la question : « *Quid* si les choses des autres associés ont été mises dans la société pour la propriété? Par exemple, ayant une maison propre à un genre de commerce, qui peut valoir douze cents francs de loyer annuellement, je conviens avec quelqu'un d'une société pour six années, dans laquelle il versera la somme de six mille francs, sans reprise, somme avec laquelle nous achèterons des marchandises, pour les revendre et partager le profit par égales portions, et je fais entrer ma maison pour la jouissance seulement dans cette société, pour la durée du temps convenu, et pour le débit de la marchandise. Cette maison vient à brûler au bout de trois ans; est-ce que, dans cette espèce, je ne dois avoir droit qu'aux bénéfices qui se trouveraient exister au moment de la perte de la maison et pour ma part? Cela ne serait pas juste, car, de cette manière, mon coassocié en retirant en entier son capital, et en prenant la moitié des bénéfices, laisserait ainsi à ma charge presque toute la perte de la jouissance que la société a eue de ma maison; et il la laisserait même en entier à ma charge, si, au moment où la perte serait arrivée, la société n'avait encore fait aucun bénéfice; tandis qu'il ne devait point prélever son capital, puisque nous supposons qu'il a été confondu dans la société; qu'il a été mis en rapport avec la jouissance de ma maison pendant le temps convenu. Que la perte de cette jouissance pour l'avenir soit supportée par moi seul, on le conçoit, parce que j'avais promis une jouissance successive, continue, comme un bailleur la promet au locataire; mais je ne dois pas supporter la perte totale aussi pour le passé, et c'est cependant ce qui aurait lieu si, au moment où la maison est venue à brûler, il n'y avait encore aucun bénéfice. Mon coassocié aurait de la sorte son capital franc et quitte de toute perte, quoiqu'il l'ait versé dans la société pour la propriété, et moi j'aurais perdu la mise que j'avais effectuée jusqu'au moment où la société est venue à se dissoudre, c'est-à-dire, la jouissance de ma maison pendant trois ans; or, encore une fois, c'est ce que les principes n'admettent pas. Dans l'espèce, si la société eût subsisté jusqu'à l'expiration du temps convenu, avec perte d'une partie des six mille francs apportés par mon coassocié, par exemple avec perte de deux mille francs, j'aurais bien eu droit, pour ma part, aux quatre mille francs restants, et j'aurais encore autant perdu que lui, puisque, pour cette somme seulement, j'aurais été privé de six années de jouissance de ma maison, que nous avons supposée être d'un produit annuel de douze cents francs, tandis qu'il n'aurait perdu, lui, que quatre mille francs et les intérêts de son capital pendant ce même temps. Or, pourquoi la

944. Ceci posé, ne pourrait-on pas relever un défaut d'harmonie entre l'article 1867 et l'article 1845, qui assimile l'associé à un vendeur et l'assujettit aux principes de la garantie pour cause d'éviction (1)? Car enfin, si l'associé est vendeur pour garantir son apport à la société, pourquoi devient-il bailleur quand il s'agit de savoir si la société est dissoute? Vendeur, il ne devra garantie que si la cause d'éviction est antérieure à la société; il sera quitte, au contraire, quand l'éviction procédera d'une cause postérieure; et ce sera tant pis pour la société envers laquelle il s'est pleinement acquitté en la mettant en possession de la chose promise. Mais le transformer en bailleur après en avoir fait un vendeur, c'est créer une cause de dissolution de la société, là où les principes du contrat de vente, rappelés par l'article 1845, voudraient que la société continuât.

Je réponds :

Il est vrai, l'article 1867 abandonne la comparaison de l'associé et du vendeur; il va prendre ses analogies dans le bail; mais ce n'est pas de la contradiction, c'est de l'éclectisme (2). Car l'associé n'est ni tout à fait un vendeur (3), ni tout à fait un bailleur; il n'a avec eux que des rapports de similitude, et point de rapports d'identité. L'associé est et doit être mis sur la même ligne que le vendeur, pour les cas d'éviction (4). Mais l'équité ne serait pas satisfaite si l'on en restait là! Il faut encore que l'associé fasse jouir la société, comme un bailleur fait jouir un preneur (5), parce que l'objet essentiel pour la société est la jouissance. Le sujet de la convention viendrait donc à manquer si la société était privée de cette jouissance.

945. A ce sujet, je ferai remarquer l'embarras des auteurs qui, imbus d'une croyance superstitieuse dans la trop fameuse distinction de la *jouissance* et du *faire jouir*, ne peuvent comprendre comment il se fait que l'article 1867 impose l'obligation de *faire jouir* (spéciale au bail) à un contrat qui a pour objet la *jouissance* à l'instar de l'usufruit (6). Je comprends la fausse position de ces auteurs; mais c'est pour moi une raison de plus de persister dans les idées que j'ai émises ailleurs (7) sur la frivolité de ces disputes de mots, qui jettent tant de trouble dans la définition du bail.

946. Si les choses dont la jouissance a été apportée à la société sont de celles qui se consomment par l'usage, qui se détériorent en les gardant, qui sont destinées à être vendues, ou qui ont été mises dans la société sur une estimation (8), leur extinction ne dissout pas nécessairement la société; car elles sont aux risques de la société (9).

C'est en vain qu'on objecterait que l'article 1867, en prononçant la dissolution pour tous les cas, semble repousser cette exception. Ce serait mal entendre ce texte; ces mots, *dans tous les cas*, indiquent que la perte entraîne la dissolution, soit qu'elle précède, soit qu'elle suive la réalisation de la mise (10).

947. A la perte de la chose, dont s'occupe l'article 1837, on peut comparer la perte de l'industrie promise à la société (11). Ce cas se vérifie quand celui qui devait en faire profiter la société se trouve frappé d'un

---

perte de la maison, survenue avant l'expiration du temps fixé pour la durée de la société, serait-elle pour lui une bonne fortune? On n'en voit pas la raison.

« On doit donc procéder *ex æquo et bono*, pour que la perte ne soit pas supportée par un seul, dans la mise qu'il a réellement effectuée. En conséquence, comme, dans l'espèce, j'ai effectué une mise de trois années de jouissance de ma maison, et que j'avais promis cette jouissance pour six années; que c'était avec cette jouissance que la propriété du capital apporté par mon coassocié avait été mise en rapport, on doit décider, selon nous, que le coassocié doit prélever la moitié du capital qu'il a apporté ou de ce qui en resterait, et que le surplus doit se partager entre nous par égales portions, et avec les bénéfices s'il y en a.

« Mais, d'un autre côté, il ne serait pas juste que j'eusse la moitié du capital apporté par mon coassocié, car, de cette manière, si la maison fût venue à périr aussitôt après le contrat, mon coassocié se trouverait, dans ce système, avoir perdu la moitié de sa mise, sans avoir eu de son côté la jouissance de la mienne pour aucune part, ou pour presque rien. »

(1) *Suprà*, nos 535 et suiv.

(2) *Suprà*, no 528.

(3) Voy. no 527.

(4) Nos 527, 528.

(5) Voyez, *Comm. du Louage*, no 199, la différence à cet égard entre la vente et le louage.

(6) DUVERGIER, no 416, note. Il éprouve le double embarras de se mettre d'accord avec TOULLIER et de se placer au point de vue de l'art. 1867.

Add. « Cependant, dit-il, celui qui met dans la société la jouissance de certaines choses, constitue un usufruit; il ne s'oblige pas à faire jouir la société, *præstare uti frui*. D'où on devrait conclure que l'apport est complétement réalisé et transmis, du jour où la société a pris possession; et qu'ainsi la perte qui arrive plus tard ne résout pas le contrat. Le législateur n'a point voulu adopter ces conséquences rigoureuses; il a pensé qu'il ne serait pas équitable qu'un associé continuât à prendre part aux bénéfices périodiques de la société, lorsqu'elle serait privée des prestations successives qu'elle attendait de lui. Il a, comme le dit Delvincourt, vu *autant d'apports différents qu'il y a de perceptions de fruits*; et, dès lors, il a pu prononcer la dissolution de la société, du moment où la perception n'a plus été possible; car, par cela même, l'associé a manqué à l'obligation de fournir son apport. »

DUVERGIER rappelle ensuite les paroles de BOUTTEVILLE, et finit en disant : « Pour justifier ce système, on peut faire remarquer avec Proudhon que, dans notre législation, lorsqu'il s'agit de prestations annuelles, *on doit voir autant de dettes particulières qu'il y a de termes échéant successivement*. »

MAZERAT sur DEMANTE, no 590, disait ici : « La société n'est pas dissoute dans tous les cas où l'apport qui périt consiste en jouissance. L'art. 1867, 1er alinéa, n'est pas applicable lorsque ce n'est pas le simple fait de la jouissance, mais bien le droit de jouir qui a été apporté; parce qu'à la différence du premier cas, l'associé n'est pas tenu de faire jouir. La société est devenue, comme l'usufruitier, propriétaire du droit de jouir, c'est tant pis pour elle si la chose sur laquelle ce droit repose vient à périr.

» Au reste, on statuera dans le doute que l'associé a apporté en société la simple jouissance, qu'il s'est obligé à faire jouir et que la société se dissout par la perte de la chose; l'associé cessant de remplir son obligation, c'est ce qui a lieu le plus ordinairement, comme le suppose l'art. 1867, 1er alinéa. »

(7) Mon *Comm. du Louage*, nos 11, 14.

(8) Art. 1851.

(9) *Suprà*, art. 1851; TOULLIER, t. VII, no 461; DUVERGIER, no 407.

(10) **Add.** Op. conf. de DUVERGIER, no 407.

TOULLIER avait dit, t. VII, no 461 : « Mais remarquez que l'art. 1867 ne déclare la société dissoute *dans tous les cas*, que sous deux conditions : 1o que la jouissance seule de la chose ait été mise en commun; 2o que *la propriété soit restée dans les mains de l'associé*.

« Or, on ne peut pas dire que cette propriété soit restée dans ses mains, lorsqu'il a donné des choses qui se consomment par l'usage, des choses destinées à être vendues au profit de la société, ou mises dans la société sur une estimation portée dans un inventaire. »

(11) *Infrà*, no 1081.

empêchement physique ou moral qui le met dans l'impossibilité de remplir son engagement (art. 1871) (1).

Mais, pour que la société soit dissoute par cet événement, il faut que l'industrie promise soit une industrie personnelle et dans l'exercice de laquelle l'associé empêché ne puisse être remplacé par un tiers (2).

Il faut aussi que l'empêchement ne soit pas un accident court et passager, dont la privation momentanée n'entraverait pas d'une manière grave les opérations sociales.

947 2° (3).

947 3° (4).

948. Nous terminerons en faisant remarquer que la dissolution dont il s'agit dans l'article 1867 n'opère pas de plein droit, d'après le principe de l'article 1138 du code civil (5).

Art. 1868. S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés, la société continuerait avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, ces dispositions seront suivies. Au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède (b).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 14. *L'héritier de l'associé ne lui succède point dans cette qualité; néanmoins les effets de la société peuvent subsister envers lui pour une affaire commencée; ainsi il retient sur le vaisseau mis en mer, et dont le retour n'est point effectué, la portion de chance qui en appartenait à son auteur.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 58. *Toute société finit de plein droit par la mort de l'un des associés, s'il n'en a été autrement convenu.*

---

(1) **Add.** DURANTON ajoute, n° 468 : « Tel serait le cas où un artisan, ayant contracté une société avec quelqu'un pour un certain temps, à laquelle il a apporté son industrie ou son travail, cet artisan viendrait à commettre un délit à raison duquel il serait condamné à un emprisonnement fort long ; comme il ne pourrait plus remplir son engagement pendant la durée de son emprisonnement, le coassocié serait bien fondé à demander la dissolution de la société, même avec dommages-intérêts, s'il y avait lieu ; tandis que dans le cas précédent (celui d'un accident), le coassocié ne pourrait pas en obtenir, parce qu'il n'en est pas dû lorsque ce n'est que par force majeure, et sans sa faute, que l'une des parties ne remplit pas son engagement. »

(2) ULPIEN, l. 5, D. *Pro socio* ; POTHIER, n° 141 ; FELICIUS, cap. XXXV, n° 34 ; DURANTON, t. XVII, n° 468.

Add. « C'est, dit DURANTON, n° 468, l'application du principe général de l'art. 1237, savoir, que dans les obligations de faire, l'obligation ne peut être acquittée par un tiers contre le gré du créancier, lorsque ce dernier a intérêt qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même ; mais, par conséquent, qu'elle peut l'être lorsque le créancier n'a pas d'intérêt à ce qu'il en soit autrement.

« Dans le cas où la société est dissoute par suite de l'empêchement de l'associé qui y avait apporté son industrie, ou par sa mort, les bénéfices faits jusqu'au moment où la dissolution a eu lieu, se partagent suivant les proportions convenues, et les pertes se supportent de la même manière. Si les choses apportées à la société par les autres associés y ont été mises pour la propriété elle-même, parce que leur valeur correspondait avec celle de l'industrie ou du travail du coassocié pendant le temps convenu, elles ne se partageront avec lui ou avec son héritier que dans la proportion du temps qu'a duré la société, comparativement au temps pour lequel elle avait été convenue, en d'autres termes en proportion du travail fourni. »

(3) **Add.** *Le retard apporté à l'apport serait une cause de dissolution, si la considération du moment était l'objet principal du contrat.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 465 : « Enfin, si la considération du moment où la livraison devait être faite avait été l'objet principal du contrat, par exemple si deux individus avaient formé une société en participation pour vendre une quantité déterminée de marchandises dans une foire ou marché, il est évident que le défaut de livraison de la quantité de marchandises en temps utile aurait rompu la société, sauf les dommages-intérêts contre celui qui n'aurait pas exécuté ses promesses en temps opportun. »

(4) **Add.** *Dans le cas où l'un fournit des fonds, l'autre son industrie, l'épuisement des fonds entraîne-t-il dissolution ?* — PARDESSUS, n° 1055, dit à cet égard : « Une société a été contractée pour un certain nombre d'années, entre des personnes dont les unes fournissent les fonds, et d'autres leur travail et leur industrie ; les fonds ayant été absorbés par des pertes, pendant les premières années, ceux qui devaient les fournir seront-ils obligés de renouveler leur mise jusqu'à l'époque fixée pour la dissolution de la société ? Une distinction nous semble nécessaire. Si, par l'acte de société, il est dit indéterminément que le fonds social sera fait par tels ou tels, ceux qui en sont chargés peuvent être contraints de le renouveler de manière que l'actif de la société soit toujours de la somme promise, pendant tout le temps de sa durée. Mais s'il est dit que *tels* verseront *telle* somme dans la société, une fois qu'ils auront acquitté cette obligation, ils ne pourront plus être obligés de recommencer. Alors la perte totale du fonds social dissoudra la société. S'il n'est que diminué, celui qui doit fournir son industrie et sa peine ne sera pas fondé à s'y refuser sous prétexte de la modicité des fonds restants, ni à prétendre que le capital soit complété.

« Le droit exclusif dans les découvertes des arts, ou celui de publier les productions de l'esprit, peut, comme nous l'avons dit, être l'objet d'une mise ; l'événement par lequel la société formée pour cette exploitation, en serait privée, soit par la déchéance du brevet, soit parce que la loi cesserait d'en protéger l'exercice exclusif, produirait aussi la dissolution de la société. » Op. conf. de DALLOZ, n° 11, ch. 1, sect. IV, v° *Société*.

(5) *Suprà*, n° 937, *in fine*; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 466.

Add. O. LECLERCQ n'est pas de cet avis : « Il est constant que le juge ne pourrait accorder le délai au défendeur, si celui-ci déclarait qu'il est dans l'impossibilité de remplir son obligation, ou qu'il ne veut pas la remplir ; il devrait prononcer la résolution du contrat, comme il devrait prononcer la dissolution de la société si l'un des associés déclarait qu'il ne veut pas remplir ses engagements, ou qu'il est dans l'impossibilité de les remplir ; or, dans le cas de la première et de la deuxième partie de l'art. 1867, cette impossibilité est démontrée.

« Il n'est donc pas nécessaire de recourir au juge, pour lui faire prononcer la dissolution d'une société qu'il ne pourrait refuser, et la loi l'a déclarée dissoute de plein droit. »

Art. 59. *La mort dissout la société, même entre les associés survivants, s'il n'y a stipulation contraire (a).*

Art. 60. *Lorsqu'il a été stipulé que, le décès de l'un des associés arrivant, la société continuerait entre les associés survivants, l'héritier du décédé n'a de droit qu'au partage de la société, eu égard à sa situation à cette époque. Il ne participe aux droits de la société pour l'avenir, qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède (a).*

Art. 61. *La mort civile de l'un des associés, son interdiction ou sa faillite ouverte ont, quant à la dissolution de la société, les mêmes effets que la mort naturelle.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 39. *S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés la société continuerait, ou avec son héritier, ou seulement entre les associés survivants, les dispositions seront suivies; mais au second cas, l'héritier du décédé n'a droit qu'au partage de la société eu égard à la situation de cette société lors du décès, et ne participe aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède.*

2e *rédaction.* — Art. 35. Conforme.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CAEN. — Art. 60. Il faut excepter de cette règle la société contractée pour l'exploitation d'une ferme ou d'une usine, parce que, dans ce cas, des tiers, tels que les bailleurs, ont intérêt à ce que la société soit continuée, qu'ils conservent même une action solidaire contre tous les associés ou les héritiers qui les représentent. Il serait injuste, sans doute, d'assujettir des héritiers à répondre vis-à-vis de ces tiers, de l'exécution des engagements contractés pendant toute la durée du bail, sans les faire participer au bénéfice de l'association.

TRIB. DE MONTPELLIER. — Art. 59. Lorsque la société a pour objet un genre d'affaires qui n'est pas consommé, tel qu'une ferme, entreprise, etc., il ne paraît pas qu'elle puisse être dissoute par la mort, ni même par la volonté de l'un des associés, il paraît au contraire que, dans ce cas, les héritiers de l'associé décédé doivent continuer la société, à moins que les autres associés ne consentent à sa dissolution.

(*b*) MOTIFS.

TREILHARD : « Le contrat est aussi rompu par la mort naturelle ou civile de l'un des associés : on s'associe à la personne; quand elle n'est plus, le contrat est dissous.

« On tenait si rigoureusement à ce principe dans le droit romain, qu'il était même interdit aux associés de convenir que l'héritier de l'un d'eux prendrait la place du défunt; nous n'avons pas été jusque-là. Nous ne trouvons rien qui blesse la bonne foi, les convenances, ni les bonnes mœurs, dans la clause qui admettrait l'héritier de l'associé; si telle a été la volonté des parties, pourquoi ne serait-elle pas exécutée? »

Rapport par BOUTTEVILLE : « Quelques jurisconsultes romains pensaient que des associés ne peuvent convenir qu'à la mort de l'un d'eux la société continuera entre les associés survivants; mais tous décidaient unanimement que les associés ne peuvent stipuler que la société continuera avec l'héritier de l'associé décédé.

« Nous l'avouerons, ce n'est jamais qu'à regret que nous nous écartons de la législation des Romains sur les contrats; mais devons-nous porter le respect, la reconnaissance que nous devons à leurs lois, jusqu'à en embrasser toutes les décisions; et celle dont s'est écarté le projet sort-elle, en effet, comme on l'a prétendu, de l'essence du contrat de société? S'il en était ainsi, le principe ne serait-il pas inflexible, aurait-il pu y être fait une seule exception?

« Cependant il est certain que les Romains en admettaient une pour les sociétés ayant pour objet la perception des revenus publics; *exceptis*, disaient-ils, *societatibus vectigalium*; c'est-à-dire qu'eux-mêmes reconnaissaient que la stipulation n'est pas contre l'essence de la société. Or, les stipulations contre les mœurs ou contre l'essence des contrats sont les seules qu'il appartient à la législation d'interdire.

« Ceux qui contractent une société ne peuvent-ils pas avoir de puissants motifs pour désirer que leur association, leur entreprise soient suivies par leurs héritiers? Ceux-ci n'auront-ils pas la faculté attachée aux sociétés dont la durée est illimitée, de faire cesser la leur quand leurs intérêts l'exigeront? Ces raisons ont paru à votre section, comme à Pothier et aux rédacteurs du projet, l'emporter sur celles des jurisconsultes romains.

« Des associés pourront donc stipuler que, dans le cas de la mort de l'un d'entre eux, la société continuera avec l'héritier ou seulement entre les associés survivants.

« S'ils se bornent à cette seconde stipulation, l'héritier ne sera point un associé, il prendra la société dans l'état où elle se trouvera à la mort de son auteur, et n'aura droit qu'aux profits faits antérieurement à cette époque. »

SOURCES.

Leg. 6, § 6, D., lib. III, tit. II. — Leg. 9, § 12, D., lib. XXVIII, tit. V. — Leg. 24, D., lib. L, tit. XVI. — Leg. 62, D., lib. L, tit. XVII. — Leg. 34, D. *quib. mod. toll. oblig.* — Leg. 35, 52, § 9; leg. 59, D. *Pro socio.* — DOMAT. *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. VI, no 2. — POTHIER. *Société*, nos 144, 145, 140, 155.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1740. Conf. à l'art. 1868, C. F.
Louisiane. — 2855. Id.
Sardaigne. — 1891. Id.
Canton de Vaud. 1342. Id.
Hollande. — 1688. Id.
Haïti. — 1637. Id.
Autriche. — 1206. Les droits et les obligations de la société ne se transmettent pas en général aux héritiers.

1208. S'il est convenu que les héritiers doivent continuer la société il est entendu que cette convention ne s'étend qu'aux premiers héritiers et non aux subséquents.

SOMMAIRE.

949. Les Romains n'admettaient pas le pacte de faire continuer la société avec les héritiers du défunt; exception pour les sociétés de publicains.
950. Mais le droit romain permettait la continuation de société avec les survivants.
951. Le code met sur la même ligne les héritiers et les survivants.
952. Étendue du mot *héritier*.
953. La société continue quel que soit le nombre des héritiers.
954. Même avec les héritiers mineurs.
955. La continuation de société, étant un état exceptionnel, ne doit pas être étendue dans ses termes.
956. Du reste, c'est la même société qui subsiste avec un simple changement de personnes. Importance de cette observation.

COMMENTAIRE.

949. Je le disais ci-dessus : les Romains faisaient découler du décès d'un associé des effets si tranchants, que, dans les sociétés autres que celles pour la ferme des impôts, ils rejetaient le pacte ayant pour objet de faire continuer la société avec les héritiers du défunt : « Adeò morte socii solvitur societas, ut nec « ab initio pacisci possumus ut hæres etiam succedat « societati (1). »

Seulement, à la mort de l'associé, ses héritiers et les survivants pouvaient, s'ils le jugeaient convenable, former une société nouvelle par l'interposition d'un nouveau consentement (2).

950. Toutefois la susceptibilité romaine n'avait jamais vu d'inconvénients à laisser son entière vigueur à la convention qui faisait continuer la société avec les survivants (3). La raison de cette différence entre les survivants et les héritiers s'explique facilement par les observations de Cujas que j'ai rapportées au n° 879.

951. Aujourd'hui elle n'a plus de base; et le code met sur la même ligne les héritiers et les survivants. Une société peut être valablement constituée sous la condition d'être continuée ou avec les héritiers, ou seulement avec les survivants (4).

952. Quand il a été convenu que la société continuerait avec les héritiers du décédé, la continuation s'opère, quel que soit le titre en vertu duquel l'héritier se présente. Héritier légitime, ou héritier testamentaire, il doit être admis à remplacer son auteur (5).

953. La société continue aussi, quel que soit le nombre des héritiers (6), à moins que le contrat ne soit limitatif à tel ou tel héritier taxativement désigné.

954. Elle se continue ainsi, quand même l'héritier serait mineur (7). Duvergier élève à cet égard des doutes mal fondés (8). « Si un héritier déjà admis au lieu et place de son auteur, dit-il, venait à être frappé

---

(1) POMPONIUS, l. 59, D. *Pro socio*.

(2) Idem, l. 37, D. *Pro socio*.

Add. *Jurisprudence*. — La clause par laquelle l'un des associés sera, en cas de mort, représenté par une personne déléguée, ne peut avoir d'effet si le contrat a été formé sous l'empire de la loi romaine (11 janvier 1810. Besançon, Dormoy, etc. DALLOZ, VII, 736 ; DALLOZ, II, 141).

(3) PAUL, l. 65, § 9, D. *Pro socio*.

(4) **Add.** DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. VI, n° 14, ajoute : « Cette convention n'est d'ailleurs, on le sent bien, nullement obligatoire pour l'héritier de l'associé décédé, mais son refus d'y accéder n'empêcherait pas la société de continuer entre les associés survivants. » (PANDECTES FRANÇ., t. VI, p. 398.)

(5) DUVERGIER, n° 440.

Add. Où il étend le mot héritiers aux successeurs irréguliers, comme l'enfant naturel et le conjoint.

DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. IV, n° 14, l'étend au légataire universel ou à titre universel.

Jurisprudence. — Lorsqu'un acte de société porte qu'en cas de décès de l'un des associés, la société continuera entre ses *représentants* et les autres intéressés ; que la mise sociale sera laissée dans l'entreprise, et que ses représentants, sans se mêler de la gestion, ne pourront qu'exiger un compte annuel, les créanciers *représentants* du défunt peuvent saisir et vendre la mise sociale de leur débiteur pour conférer à l'adjudicataire les droits mentionnés dans le pacte social (13 août 1834. Paris, SIREY, XXXIV, 2, 674).

(6) DURANTON, t. XVII, n° 473.

(7) *Ibid.*

Add. Op. conf. de PARDESSUS, n° 1059.

(8) N° 441.

Add. Voici son opinion, n° 441 : « Selon Duranton, la société continuerait, quand même les héritiers ou l'un d'eux seraient mineurs. Cette opinion doit-elle être suivie? J'ai peine à le croire. L'aliénation et l'administration des biens des mineurs sont assujetties à une foule de formalités gênantes et coûteuses : si l'on décide que la société continue, de deux choses l'une, ou les opérations sociales seront entravées par l'accomplissement des formes applicables à l'état de minorité, ou ces formes seront négligées, quoique des mineurs soient intéressés aux opérations. La loi ne permet pas d'adopter la seconde branche de cette alternative ; et la première se présente avec de tels inconvénients, qu'il est difficile de croire que les contractants aient eu l'intention de s'y soumettre.

« Il est certain que si un héritier, déjà admis au lieu et place de son auteur, venait à être frappé d'interdiction, la société serait dissoute. Elle ne doit donc pas continuer, si l'héritier est mineur au moment du décès de l'associé. Il est tout naturel que l'état de minorité empêche d'établir des rapports que l'état d'interdiction ferait cesser.

« Duranton dit qu'ordinairement on stipule que l'un des héritiers seulement du décédé concourra à l'administration de la société, ou qu'aucun d'eux ne participera à l'administration qui sera alors exclusivement réservée aux autres associés, ou à tels d'entre eux. C'est une sage précaution ; car il y a toujours un grave inconvénient dans l'augmentation du nombre des volontés qui doivent diriger les affaires sociales. »

Que faut-il entendre ici par héritiers? PARDESSUS, n° 1059, dit à ce sujet : « Mais cette clause ne s'étendrait pas au légataire ; il ne pourrait profiter de cette disposition que dans le cas où l'acte de société lui aurait attribué ce droit. L'héritier bénéficiaire ne pourrait aussi invoquer l'effet de cette stipulation : la succession qu'il est appelé à administrer est en quelque sorte en déconfiture ; ses rapports avec la société n'auraient plus la liberté si nécessaire dans les opérations commerciales, et n'offriraient plus surtout la garantie que le défunt présentait dans sa personne. Dans tous ces cas les héritiers majeurs ou mineurs d'un associé ne pourraient prétendre conserver la gestion confiée à celui qu'ils représentaient. Il faudrait qu'une délégation personnelle les y autorisât. » Op. conf. de DALLOZ, ch. I, sect. VI, n° 14. Voy. ci-après, n° 956, à la note 7.

Jurisprudence. — S'il a été stipulé qu'en cas de mort de l'un des associés la société continuerait avec son héritier, cette dispo-

d'interdiction, la société serait dissoute; elle ne doit donc pas continuer si l'héritier est mineur au moment du décès de l'associé. L'état de minorité doit empêcher d'établir des rapports que l'état d'interdiction faisait cesser. »

Ce raisonnement manque de justesse. L'interdiction d'un associé na rompt la société que lorsqu'il n'a pas été stipulé qu'elle continuerait malgré ce changement d'état (1).

Or, ici il y a eu un pacte pour la faire continuer avec l'héritier, quel qu'il soit, sans distinction de majorité eu de minorité. Rien ne s'oppose donc à la continuation, et si elle engendre quelques inconvénients pratiques, qu'importe si les associés y ont consenti?

Du reste, je ne pense pas que Duvergier étende ses doutes jusqu'à l'héritier mineur d'un associé commanditaire eu d'un actionnaire dans une société anonyme. Car c'est alors surtout qu'ils choqueraient les plus simples notions du bon sens et de la pratique.

Mais, je le répète, ils ne sont pas mieux fondés pour les autres espèces de société. Jadis les sociétés taisibles se continuaient sans difficulté avec les héritiers mineurs de l'associé prédécédé (2), et cela, bien qu'en ne pût commencer une société taisible avec un mineur (3). Je ne sache pas qu'on ait élevé des doutes sur un point si universellement admis dans la jurisprudence coutumière. Veyez, d'ailleurs, combien deviendrait difficile la position des sociétés qui, pour agir utilement dans leur entreprise, ne sont formées qu'à la condition de n'être pas dissoutes par la mort, et qui, sous prétexte de minorité, se verraient enlever le bénéfice d'un pacte nécessaire à leur prospérité! Il ne serait pas impossible qu'une brusque interruption les conduisît à une faillite! Du moins, la dissolution serait presque toujours une cause de perte, d'embarras, de mécomptes. Autant vaudrait en revenir franchement au droit romain et à sa prohibition absolue; une défense formelle aurait moins de désavantages qu'une autorisation accompagnée de ces embûches ou de ces incertitudes.

J'ai insisté sur ce point parce que j'ai rencontré des esprits peu familiers avec les principes du droit qui, allant beaucoup plus loin que Duvergier, s'imaginent que la continuation de société exige en quelque sorte un concours de volonté de la part des mineurs, à peu près comme s'il s'agissait de constituer une société. Mais l'erreur est grave. La continuation de société ne saurait être jugée du même œil que la constitution de la société. Celle-ci est une œuvre de la volonté; celle-là est la charge de l'héritage. C'est un pacte légalement formé qui se transmet avec la succession. « Tàm hæredibus nostris quàm nobismetipsis cave« mus (4). »

955. Comme la continuation de société est un état exceptionnel, il ne faut pas étendre la convention d'où elle découle. Limitée, par exemple, aux héritiers de l'un des associés, elle ne profitera pas aux héritiers d'un autre, et le décès de celui-ci dissoudra la société (5).

Si l'on avait employé la formule habituelle, « la société ne sera pas dissoute par la mort des associés, » elle passerait sans interruption aux héritiers des héritiers jusqu'à son expiration légale.

956. Maintenant, il est temps de remarquer que la société constituée sous l'influence du pacte prévu par notre article n'éprouve pas d'interruption lors du décès. Ni le remplacement du décédé par ses héritiers, ni même son retranchement de la société, ne produisent une société nouvelle. C'est la même société qui se continue; le met est écrit dans l'article 1868 (6).

Cette observation n'est pas sans importance. Si la société était une nouvelle société, les héritiers du défunt ne seraient tenus de ses dettes que comme héritiers, et non pas comme associés; ce qui est fort différent. Mais la société étant identique à elle-même, les héritiers du décédé participent de plein droit, et comme associés, à toutes les dettes préexistantes. Ils en sont tenus sous le double lien d'héritiers et d'associés (7).

957. Quelquefois, au lieu d'être contemporaine de la constitution de la société eu de l'époque antérieure au décès, la résolution de rester en société ou de s'adjoindre les héritiers du défunt est postérieure à cet événement.

Dans ce cas, la société est, en général, une société nouvelle (8). L'accord intervenu dans un moment où

---

sition doit être suivie alors même que l'héritier de l'associé est mineur (28 juillet 1817, Liége; Jurispr. de la cour de Bruxelles, 1817, t. II, p. 416).

Mais cet arrêt a été cassé le 23 juin 1833 par la cour de cassation de Belgique (Sirey, XXXIII, p. 318), parce que si le tuteur avait participé à la continuation de la société sous la gestion de l'associé survivant, il n'avait pas accepté, pour les mineurs, la succession de leur père avec les formalités nécessaires à cette acceptation.

Le survivant des associés, qui d'après une clause de l'acte de société, a le droit, au décès du prémourant, de conserver l'avoir social en payant aux héritiers de ce dernier la moitié de sa valeur, ne peut plus exercer ce droit, s'il a continué la société avec les héritiers du prémourant (29 mai 1830, Bruxelles; Jurispr. de la cour, 1830, t. II, p. 171).

(1) *Suprà*, n° 906.

(2) Voyez dans la préface le passage de COQUILLE.

(3) LEBRUN, ch. II, n° 6; il cite entre autres la coutume de Nivernais.

(4) L. 9, D. *de probat.*

(5) DURANTON, t. XVII, n° 473; DUVERGIER, n° 439.

Add. Où il ajoute : « Ainsi, lorsqu'on aura dit que la société ne sera pas dissoute par la mort d'un associé, elle le sera par son interdiction, ou par sa déconfiture; elle le sera aussi par la mort de son héritier, qui l'aura remplacé. »

(6) *Suprà*, n° 915.

(7) *Infrà*, n° 958.

Add. On lit dans PARDESSUS, n° 1059 : « Un associé pourrait même ordonner, par testament, que son légataire continuera la société; mais cette disposition ne pouvant être obligatoire pour les autres, qu'autant qu'elle résulterait des termes ou de la nature de l'acte social, s'ils s'y refusaient, cette condition du legs serait considérée comme non écrite. Si les associés y consentaient, le légataire ne pourrait s'y refuser sans renoncer au legs. »

Quant au droit de l'héritier de l'associé, dans le cas de continuation de la société, DELEURIE dit, n° 11137 : « Quoique l'héritier entre dans les droits de celui à qui il succède, l'héritier d'un associé, n'étant pas associé, ne peut s'immiscer en cette qualité. Ainsi celui qui succède à l'associé chargé de tenir les livres ou de faire les emplettes, n'a pas le droit de s'ingérer dans ces fonctions. Néanmoins il est, à l'égard des autres associés, comme sont entre eux ceux qui, sans convention, ont ensemble quelque chose de commun : ce qui lui donne le droit de prendre connaissance de ce qui se passe dans la société et de s'en faire rendre compte pour la conservation de son intérêt : *Licet hæres socius non sit, tamen emolumenti successor est.* » Voy. ci-dessus la note 8 du n° 954.

(8) *Suprà*, n° 881, le passage de MAYNARD; arg. des Instit. de JUSTINIEN, *de societate*, § 8, où, en parlant d'une société que les associés veulent continuer après la déconfiture de l'un d'eux, il est dit : *Nova videtur incipere societas.*

la société avait pris fin de plein droit par le décès n'est pas censé, en thèse ordinaire, effacer l'interruption; ou, du moins, il faudrait une stipulation expresse, ou des faits énergiques, pour faire supposer que l'on a entendu faire disparaître les traces de cet événement et confondre les deux sociétés (1). Habituellement, la société formée entre les survivants, ou bien avec les héritiers du décédé, est une société distincte et nouvelle. C'est la décision de Pomponius dans la loi 37, D. *Pro socio* : « Planè si hi qui sociis hæredes exstiterunt, *animum inierint societatis* in eâ hæreditate; « novo consensu, quod postea gesserunt, efficietur, ut « in pro socio actionem deducatur. »

Et le président Favre, en commentant ce texte, en a très-bien aperçu la portée. Car voici ce qu'on lit dans son interprétation : « Si novus hæredum consen- « sus interveniat, *nova quoque societas inter eos con- « tracta intelligitur*, numero magis quàm specie dif- « ferens ab eâ quæ inter defunctos socius fuit. »

Tout ceci, du reste, constitue une position qu'il ne faut pas confondre avec celle que nous avons précisée au n° 903. On se rappelle, en effet, que le principe de l'opinion développée dans ce numéro est que la dissolution ne peut être opposée aux tiers à qui on a donné sujet de croire que la société durait toujours. Ici, c'est tout autre chose : le fait du décès n'est pas ignoré. Il s'agit seulement d'interpréter la convention à laquelle il a donné lieu.

958. Partant donc de cette idée, que la résolution de rester en société s'interprète préférablement dans le sens d'une société nouvelle, on décidera que les héritiers, en entrant dans cette société, ne seront pas tenus comme associés des dettes de l'ancienne société. Ils n'en seront tenus que comme héritiers.

C'est ce qu'a jugé la cour d'Agen, par un arrêt digne d'être remarqué.

Une société commerciale avait existé sous la raison *Dallié et compagnie*. Dallié, qui la dirigeait, mourut. Ses enfants se réunirent à leur mère, sous la raison sociale, *veuve Dallié et fils*, et ils prirent sans interruption, sans inventaire, sans liquidation, le négoce que faisait leur auteur. Les créanciers de la première société, prétendant qu'il n'y avait qu'une simple continuation, actionnèrent les nouveaux associés en payement de ce qui leur était dû : ceux-ci soutinrent que leur société était une société nouvelle, composée de personnes qui n'avaient pas appartenu à l'ancienne société, dotée d'un capital formé avec des fonds propres aux nouveaux sociétaires. Ils convenaient cependant que, comme héritiers de leur père, ils avaient appréhendé des effets de l'ancienne société et les avaient fondus dans la nouvelle. Mais ils ajoutaient que ces effets leur appartenaient par la puissance de la règle *Le mort saisit le vif*, et non pas comme continuateurs de la société; que cette saisine pouvait bien les laisser exposés à l'action des créanciers, en tant qu'héritiers, mais jamais à titre d'associés.

Ce système fut adopté par arrêt de la cour d'Agen du 4 août 1807, et les créanciers furent déboutés de leur action contre la seconde société, sauf à eux à se pourvoir contre les fils Dallié par les voies ordinaires (2).

Cet arrêt se justifie par de graves considérations. Aucune mauvaise foi, aucun subterfuge, n'étaient reprochés à la société *veuve Dallié et fils*; cette société, pour mieux se séparer de l'ancienne société *Dallié et compagnie*, avait pris une autre raison sociale; et, d'ailleurs, elle ne comprenait aucun des anciens associés de la société *Dallié et compagnie*.

959. Mais supposez d'autres circonstances. Admettez, par exemple, que la raison sociale n'a pas changé, parce que l'associé décédé n'y figurait pas en nom; que les associés survivants sont restés à leur poste, tout en s'adjoignant les héritiers de l'associé décédé; qu'on a conservé l'ancien matériel et la suite des affaires (3); qu'on n'a pas fait d'inventaire et de liquidation de l'ancienne société. C'est en vain que, pour échapper à la solidarité des dettes anciennes, les héritiers pareraient cette société du titre de société nouvelle. Il y aurait plutot un simple changement d'associé, pour me servir des expressions de l'article 46 du code de commerce. Les nouveaux associés seraient censés avoir voulu entrer dans la société sous la condition d'en supporter les charges, sauf à profiter des bénéfices.

960. Entre les survivants aussi, la volonté de rester associés malgré le décès de l'un d'eux, et sans l'accession de ses héritiers, pourrait intervenir dans des circonstances telles qu'on ne saurait douter qu'ils ont voulu plutôt continuer leur société qu'en commencer une nouvelle. Par exemple, la réunion de tous les actionnaires d'une société en commandite, pour donner un successeur au gérant décédé (4), démontre presque toujours qu'ils ont voulu éviter une dissolution et une liquidation.

961. A présent, donnons un moment d'attention à la forme du pacte de continuation de société. Mais ici il suffira de se reporter à l'article 1866, qui règle une position analogue à la nôtre (5).

962. Que si c'est une société nouvelle que les parties ont entendu faire, on se réglera sur les formalités établies par la loi pour la création des sociétés civiles et commerciales, et l'on appliquera ce qui concerne les sociétés de fait à celles qui se seront renouvelées tacitement (6).

963. Dans le cas où le renouvellement de la société, légalement constaté, serait cependant muet sur les conditions de son existence, on présumerait que les parties ont voulu renouveler les conditions de l'ancienne société : telle est l'opinion enseignée par Straccha. « Cum de modis et temporibus nihil ex- « pressum, præsumitur renovata cum illis pactis, « modis et temporibus cum quibus a principio fuit « ordinata (7). »

964. Rentrons maintenant dans l'hypothèse de notre article; revenons au second cas qu'il prévoit, à savoir, celui où le pacte porte que la société continuera entre les survivants seulement.

Les héritiers du décédé ont droit au partage de la société, eu égard à la situation de cette société lors du décès (8), et ils ne participent aux droits ultérieurs qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de leur auteur (9).

---

(1) Arg. d'un arrêt de Rennes confirmé en cassat. le 25 floréal an XIII, DALLOZ, *Société*, p. 123; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 189; *infrà*, n° 959.

(2) SIREY, VII, 2, 1201.

(3) Voy. cassation, 25 floréal an XIII; DALLOZ, *Société*, p. 123.

(4) *Suprà*, n° 889.

(5) *Supra*, nos 913, 914.

(6) *Suprà*, n° 249.

(7) Decis. 17 *inter Genuæ*, n° 2.

(8) Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 472.

(9) *Suprà*, n° 895.

Add. Op. conf. de FAVARD, *Société*, p. 230, n° 11 de DEMANTE, n° 591.

O. LECLERCQ ajoute, t. VI, p. 262 : « Il devient aussi propriétaire des gains, qui sont une suite nécessaire d'une opération commencée avant la mort du défunt. Ces gains sont les fruits des biens du défunt comme de ceux des autres associés, puisqu'on suppose que l'affaire qui les produit, a été commencée

964 2° (1). | **964** 3° (2).

Art. 1869. La dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est illimitée, et s'opère par la renonciation notifiée à tous les associés, pourvu que cette renonciation soit de bonne foi, et non faite à contre-temps (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 15. *La société finit aussi par la simple volonté de l'un des associés, pourvu que cette renonciation ne soit pas faite à contre-temps.*

Art. 16. *Si cette exception était opposée par les autres associés, elle sera jugée par arbitres, qui accueilleront la renonciation, si elle est faite à temps opportun, ou en renverront l'effet à un autre temps.*

2e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 231. *Chacun des associés peut en tout temps renoncer à l'association, pourvu que cette association ne soit pas contraire à l'intérêt général de la société.*

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 939. *Chacun des associés peut en tout temps renoncer à l'association illimitée, pourvu que cette renonciation ne soit point contraire à l'intérêt général de la société.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 62. *Si la société a été contractée sans aucune limitation de temps, un seul des associés peut dissoudre la société, en notifiant à ses associés qu'il n'entend plus demeurer en société; pourvu, néanmoins, que la renonciation à la société soit de bonne foi et qu'elle ne soit pas faite à contre-temps.*

Art. 63. *La renonciation n'est pas de bonne foi, lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en la contractant.*

Art. 64. *La renonciation est faite à contre-temps si elle est faite dans un temps où les choses ne sont plus entières, et lorsqu'il est de l'intérêt de la société que sa dissolution soit différée. L'intérêt commun de la société est considéré, et non l'intérêt de celui des associés qui s'oppose à la renonciation.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 40. Conf. à l'art. 1869 (*a*).

(*a*) OBSERVATIONS DU TRIBUNAT.

Art. 13, ainsi conçu : « S'il n'y a pas de convention sur la durée de la société, elle est censée contractée pour la vie. »

L'article 38 veut que chacun des associés puisse faire cesser la société par une renonciation dûment notifiée : d'où il suit que, dans ce cas, la durée de la société est illimitée, et conséquemment que la disposition de l'art. 13 est modifiée par celle de l'art. 38.

Il est bon que cette modification soit énoncée par l'art. 13 ; on est convenu d'y faire après ces mots, *pour la vie des associés*, l'addition de ces termes, *sous la modification portée en l'art.* 38.

(*b*) MOTIFS.

TREILHARD : « Si le contrat de société avait pour objet des affaires indéterminées, s'il était fait sans limitation de temps, il serait censé, comme on l'a déjà dit, devoir se prolonger pendant la vie des associés ; mais, comme personne ne peut être perpétuellement retenu en société malgré lui, chaque associé conserve toujours le droit de déclarer sa renonciation ; et la société se termine. Cette faculté, cependant, ne peut être exercée ni de mauvaise foi, ni à contre-temps.

« Si l'associé renonçait dans un moment où, par l'effet de cette déclaration, il s'approprierait les bénéfices que les associés s'étaient proposé de faire en commun, sa renonciation serait évidemment de mauvaise foi.

« Elle serait faite à contre-temps, si, les choses n'étant plus entières, elle blessait l'intérêt commun de la société ; la volonté particulière et l'intérêt privé de celui qui veut rompre le contrat, ne doivent pas seuls être consultés. S'il a le droit de renoncer parce que sa volonté ou son intérêt ne sont plus les mêmes, il faut aussi qu'il ne compromette pas les intérêts d'autrui par la précipitation excessive qu'il mettrait à pourvoir aux siens. »

Rapport par BOUTTEVILLE : « Nous venons à l'instant de l'observer, si le contrat ne fixe point de terme à la durée de la société, elle est censée pour la vie.

« Mais ce n'est qu'une présomption, et jamais la loi ne met sa volonté à la place de celle des contractants; quand leur silence l'oblige à parler pour eux, elle n'entend pas leur imposer des chaînes qu'ils n'auraient pas eu l'intention de se donner.

« Tout ce que la loi exige en ce cas de l'associé qui veut se retirer, c'est qu'il notifie sa renonciation, et qu'il ne renonce pas ou pour s'approprier un profit, qui devait de sa nature

---

avant sa mort. Ainsi, supposons que plusieurs associés aient mis des biens ruraux en société, qu'ils soient cultivés et ensemencés avant la mort de l'un d'eux, l'héritier de celui-ci aura sa part des fruits qui naîtront, quand même il y aurait une terre en jachère, et qu'elle serait tombée dans le lot de cet héritier ; le défunt a eu des droits à ces fruits, et il les a transmis à son successeur. »

DELVINCOURT, t. VII in 8°, p. 310, donne cet autre exemple : « Si, par exemple, il a été envoyé une pacotille outre-mer, à charge de retour, et qu'avant le retour du navire, et même pendant le voyage de l'aller, un associé vienne à mourir, ses héritiers ont part aux retours, soit pour le bénéfice soit pour la perte. »

DURANTON ajoute, n° 471 : « Il serait pareillement tenu de contribuer aux charges des opérations ultérieures qui seraient une suite nécessaire de ce qui s'est fait du vivant de son auteur. »

(1) Add. *Les héritiers sont tenus cependant de continuer les opérations commencées par le défunt pour le compte de la société.* — MAZERAT sur DEMANTE dit, n° 591 : « Si l'un des associés vient à mourir et qu'il ait été convenu que la société continuera avec les survivants seulement, les héritiers du défunt ne sont plus qu'en communauté ; mais ils sont obligés de continuer les opérations commencées par leur auteur pour le compte de la société ; il était mandataire de la société (art. 1859, 1°). L'article 2010 leur est applicable. Voy. l. 40, D. *Pro socio* qui consacrait aussi ce principe équitable. »

(2) Add. *Sont-ils tenus dans tous les cas d'informer les autres associés du décès de leur auteur ?* — MAZERAT sur DEMANTE, n° 591, répond : « L'équité et les principes exigent que les héritiers de l'associé décédé notifient aux autres associés le décès de leur auteur.

« L'art. 2010, comme nous l'avons dit, leur est entièrement applicable. S'ils ont négligé de le faire, la société doit être réputée conservée ou dissoute selon l'intérêt des coassociés. Les principes généraux réclament cette décision. »

être commun, ou dans un moment où la dissolution et le partage ne pourraient avoir lieu sans détriment pour la société, c'est-à-dire que la renonciation ne soit de mauvaise foi, ni faite à contre-temps. »

SOURCES.

Leg. 4; leg. 65, §§ 3, 4, 5 et 6, D. *Pro socio*. — Leg. 17, § 1, eod. — POTHIER. *Société*, nos 149, 150, 153.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1741. Conf. à l'art. 1869, C. F.

Louisiane. — 2855 à 2859. Conf. aux art. 1869-1871. C. F.

Sardaigne. — 1892. Conf. à l'art. 1869, C. F.

Canton de Vaud. — 1343. Id.

Hollande. — 1686. Id.

Haïti. — 1638. Id.

Autriche. — 1212. Si l'on n'est convenu d'aucun terme, ou si ce terme ne résulte pas de la nature de l'exploitation, un associé a la faculté de se retirer, pourvu qu'il agisse de bonne foi.

Prusse. — 269. Si le terme de la société n'a pas été fixé, chaque membre peut la dissoudre et se retirer à sa volonté.

289. La convention par laquelle on s'est engagé à rester dans une société pour toujours, ou pour un temps indéfini, est nulle.

Art. 1870. La renonciation n'est pas de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun.

Elle est faite à contre-temps lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 41. Conf. à l'art. 1870.

MOTIFS.

TREILHARD. Voy. sous l'art. 1869.

Rapport par BOUTTEVILLE : « Dans les sociétés à terme, la règle est différente ou même en quelque sorte opposée.

« Si, avant le terme convenu, l'un des associés manque à ses engagements, ou devient, par quelque infirmité habituelle, incapable de se livrer aux affaires de la société, il peut résulter de ces événements, ou d'autres cas semblables, des motifs qui justifient de la part des autres une renonciation, et autorisent les juges à l'admettre.

« Autrement l'associé ne peut, avant le terme fixé, se soustraire à ses engagements et renoncer. Le principe est, relativement au contrat de société, aussi impérieux qu'à l'égard de tout autre. »

SOURCES.

Leg. 65, D. *Pro socio*. — DOMAT. *Lois civiles*, liv. 1, tit. VIII, sect. V, art. 4. — POTHIER. *Société*, nos 150, 151.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1742. Conf. à l'art. 1870, C. F.

Louisiane. — Voy. art. 1869.

Sardaigne. — 1893. Conf. à l'art. 1870, C. F.

Canton de Vaud. — 1341. Conf. à l'art. 1870, C. F.

Hollande. — 1687. Id.

Haïti. — 1639. Id.

SOMMAIRE.

965. De la dissolution de la société par la volonté d'un seul. Il n'y a que les sociétés dont la durée est illimitée qu'on puisse ainsi dissoudre.
966. Raison de cette puissance accordée à la volonté d'un seul sur la volonté de tous.
967. Qu'est-ce qu'une société dont la durée est illimitée ?
968. Est-il vrai, comme on l'a enseigné, qu'un associé puisse se retirer, à sa volonté, d'une société contractée pour plus de cinq ans.
969. Des sociétés qui contiennent un terme implicite.
970. De celles qui doivent durer autant qu'une certaine opération.
971. De la clause qui, dans les sociétés par actions, interdit aux associés de demander le partage, sauf à eux à vendre leurs actions.
   Doutes sérieux dont elle peut être l'objet; exemples qui l'autorisent, et raisons sur lesquelles elle peut s'appuyer.
972. Du reste, la question serait moins douteuse si la société offrait d'acheter l'action au juste prix.
973. Et elle serait claire, s'il s'agissait d'une société pour l'exploitation d'une mine. Arrêt de la cour de cassation, qui la juge en faveur de la clause.
974. Pour que la volonté de dissoudre la société soit reçue, il faut qu'elle soit de bonne foi et qu'elle ne vienne pas à contre-temps.
975. La renonciation faite de mauvaise foi est frappée d'une nullité relative. Conséquences de cette nullité par rapport à l'associé renonçant, et par rapport à ses autres associés.
976. Suite.
977. Du contre-temps.
978. Le juge en est souverain appréciateur.
979. Les effets de la renonciation intempestive sont les mêmes que ceux de la renonciation frauduleuse.
980. Les parties peuvent convenir que chacun pourra se retirer à son gré.
981. Au surplus, dans le cas où la renonciation est admise, il faut qu'elle soit notifiée. *Preuve de la notification*.
982. *Quid* quand elle n'a pas été notifiée à tous ?
982 2°. *Il faut en dire autant en cas de nullité de la notification, et dans le cas où elle est faite à contre-temps.*
982 3°. *Preuves de la dissolution.*

COMMENTAIRE.

965. Lorsque les parties n'ont pas assigné un terme à leur société, et que la durée des opérations sociales est illimitée, il est permis à chaque associé de se retirer, pourvu que la renonciation soit de bonne foi et non faite à contre-temps (1). L'article 1869, d'où se tire cette règle, doit être combiné avec le § 5 de l'article 1865 qu'il est destiné à organiser (2).

Mais si la société est limitée par un terme convenu, la volonté de l'une des parties ne saurait briser la loi du contrat; il faut attendre l'arrivée du terme, à moins que les associés ne se trouvent dans l'un des cas prévus par l'article 1871 (3).

Tel est le résumé des articles 1869 et 1870 dont nous allons donner le commentaire.

966. Cherchons d'abord la cause de cette puissance attribuée à la volonté d'un seul sur la volonté de tous.

Au premier aperçu, il n'est pas facile de la saisir.

Il est une grande règle de droit : « Contractus sunt, » ab initio, voluntatis; ex post facto, necessitatis (4). » Pourquoi s'en écarter ici? Est-ce pour que les sociétés ne soient pas éternelles? « Nulla societatis in æter- » num coitio est (5). » Mais quand une société n'a pas de terme conventionnel, elle en trouve nécessairement un dans la mort de l'une des parties (6).

A cette objection voici la réponse. La liberté de l'homme peut se trouver compromise par certains engagements qui enchaînent sa vie entière; nous l'avons vu dans le titre *Du louage*; un engagement de services viagers est déclaré nul (7). Dans la société, de même que dans le louage d'ouvrages, le travail de l'homme entre presque toujours comme élément; mais ce qui y tient une place non moins grande, c'est la confiance réciproque, l'esprit d'union et de confraternité. Or, ne serait-ce pas une promesse téméraire, que celle qui obligerait un associé à conserver toute sa vie ces sentiments intacts? Sans doute, si la société n'est que d'un temps limité, il n'y aura pas de danger sérieux à forcer les associés à continuer jusqu'au bout les rapports organisés par le contrat, alors même que l'amitié qui les a rapprochés a reçu des atteintes. Mais si la société devait durer toute la vie, une telle chaîne serait insupportable, odieuse, contraire aux véritables intérêts des parties; elle réaliserait toutes les craintes que les jurisconsultes ont attachées à l'indivision trop prolongée. C'est donc une loi de prudence que celle qui autorise l'un des associés à renoncer à la société. On ne lui demande pas compte de ses motifs; il est inutile de fouiller dans le secret des relations intimes d'associé à associé. Il suffit que l'engagement soit perpétuel, c'est-à-dire viager (8), pour qu'il soit censé exorbitant et susceptible d'être rompu.

967. Ces observations, en résolvant cette première difficulté, nous conduisent à la question de savoir quand la société est illimitée. Une société dans laquelle on trouverait le pacte, que la société ne pourra être dissoute que par la mort, serait-elle censée à terme défini? Non; elle est perpétuelle : *in perpetuum, id est, dum vivunt* (9); elle est, par conséquent, illimitée; elle est de celles auxquelles on peut renoncer *ad nutum*.

968. Duranton va beaucoup plus loin; il pense qu'un associé pourrait se retirer à son gré d'une société contractée pour plus de cinq ans (10). Une société s'est-elle constituée, par exemple, pour vingt ans, Duranton ne considère les associés comme liés que pendant les cinq premières années du contrat, nonobstant toute stipulation contraire. L'estimable professeur étaye cette opinion sur l'article 815 du code civil, qui renferme dans un cercle de cinq ans l'obligation de rester dans l'indivision; article que, suivant lui, l'article 1872 étend au contrat de société.

Je ne sais si cette opinion singulière a besoin de réfutation. L'auteur est tout de suite contraint d'avouer qu'elle ne gouverne pas les sociétés de commerce et d'industrie. Le besoin du commerce, qu'il donne pour raison *suffisante* de cette prétendue exception, est une explication arbitraire et, de plus, insignifiante; il y a dans cette soudaine limitation comme une espèce d'aveu que la règle imaginée par notre auteur n'a aucun fondement dans la pratique des sociétés. Elle n'en a pas non plus dans la loi. En effet, où est l'article du titre *De la société* qui restreint à cinq ans la durée des sociétés indissolubles par la volonté d'un seul? Est-ce l'article 1844, qui s'occupe du temps pour lequel une société est établie? Sont-ce les articles 1865, 1869 et 1871, qui traitent de la dissolution des sociétés par l'expiration du terme? Non; ces dispositions, qui résument toute la théorie de l'influence du temps sur la société, n'en disent pas un mot, pas plus que la loi romaine qui, par l'organe du jurisconsulte Paul, condamnait les associés à rester en société tant que le terme convenu n'était pas arrivé : « Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando, socium a se, non se a socio liberat (11). »

Faute de texte emprunté à la matière de la société, Duranton va chercher une autorité dans l'article 815 du code civil; mais c'est confondre deux situations fort différentes : la communauté et la société (12). La défaveur de la communauté, source de discordes funestes à la propriété, a fait établir l'article 815; la faveur de la société, élément fécond d'activité et de richesse, doit la faire écarter (13).

Cette première confusion en amène une autre : Papinien avait prévu le cas où deux frères mettent en

(1) *Suprà*, n° 999.

Add. FAVARD, *Société*, p. 231, cite la loi 4, D. *Pro socio* comme source de la disposition.

(2) Add. « C'est, disent MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 501, une nouvelle exception fort importante aux principes généraux des conventions et obligations. » Op. conf. de O. LECLERCQ; de DELVINCOURT, t. VII in 8°, p. 311, où il dit : « Cette exception est fondée sur ce qu'une société qui serait continuée malgré les associés, deviendrait une source intarissable de procès. »

Jurisprudence. — Dans le cas où la durée d'une société est stipulée illimitée, si les associés ont déclaré renoncer à la faculté de se prévaloir de cette stipulation, ils sont non recevables à l'invoquer pour faire annuler la société (12 août 1828. Lyon, Baillon, etc. DALLOZ, XXVIII, 2, 214.

(3) PAUL, l. 65, § 6, D. *Pro socio*.

(4) L. 5, C. *de oblig. et act.*

(5) PAUL, l. 70, D. *Pro socio*. (Lib. XXXIII, *Ad edict.*)

(6) L. 1, D. *Pro socio*; PAUL (L. XXXII. *Ad edict.*); article 1844 et 1865.

(7) Mon *Comm. du Louage*, n° 852.

(8) PAUL, l. 1, D. *Pro socio*. Societas coiri potest *in perpetuum, id est, dum vivunt*.

Add. DUVERGIER, n° 432, voit la raison de la loi dans cette observation : « Que de la communion ou société naissent souvent des querelles et des noises. » POTHIER, n° 149.

(9) Art. 1844.

(10) T. XVII, n° 392.

(11) L. 65, § 3, D. *Pro socio*.

(12) *Suprà*, nos 10, 22, 25.

(13) Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 425; il y ajoute :

société les successions de leurs père et mère (1), et rien n'est plus licite qu'un tel pacte; car une succession indivise peut faire le sujet d'un apport social, aussi bien que tout autre bien meuble ou immeuble. Les parties passent alors de l'état de communauté simple à l'état de société. C'est cette décision si lumineuse, qui est pour Duranton la source d'une nouvelle erreur. Il croit que Papinien a voulu dire que toute convention de rester dans l'indivision est une société! et comme la convention de rester dans l'indivision n'est obligatoire que pendant cinq ans, Duranton conclut que toute société, qui est stipulée devoir se prolonger au delà de cinq ans, n'oblige les parties que pendant ce laps de temps. Mais comment Duranton ne voit-il pas qu'il y a la plus énorme différence entre la convention de ne pas partager une succession pendant un certain temps, et la convention de former une société dont cette succession indivise sera l'objet? Ces nuances sont si tranchées, si bien connues de tout le monde, *tonsoribus atque lippis*, qu'il est inutile d'y insister.

Il ne reste qu'une ressource à Duranton, c'est d'invoquer l'art. 1872 d'après lequel les règles *concernant le partage des successions* sont applicables aux sociétés. Je l'accorde sans hésiter; mais entendons-nous (2) : le partage des sociétés est manifestement gouverné par les mêmes règles que le partage des successions. Mais, pour qu'il y ait partage d'une société, il faut avant tout qu'elle soit dissoute. Or, la dissolution des sociétés est réglée par des dispositions particulières à ce contrat (3), et nullement par le titre *Des successions*. Eh bien! que fait Duranton? il va prendre au titre des successions une règle pour dissoudre une société, tandis que l'article 1872 ne renvoie au titre *Des successions* que pour la partager (4).

969. Il y a des sociétés qui, sans contenir un terme exprès, en contiennent un implicitement; j'en ai donné un exemple au n° 872. Ces sociétés ne peuvent être dissoutes *ad nutum*, tant que ce terme n'est pas arrivé.

970. J'en dis autant des sociétés qui doivent durer autant qu'une certaine opération entreprise par elles. Duranton n'est pas de cet avis (5); il in-

---

« Deux arguments sont invoqués par Duranton pour justifier son opinion. Il dit, d'une part, « que dès que des héritiers convien- « nent qu'ils resteront pendant un certain temps dans l'indivision, « que le partage ne pourra être provoqué par l'un d'eux avant « l'expiration de ce temps, ils font par cela même une convention « de société. » C'est une grave erreur, c'est confondre la société avec l'indivision conventionnelle. »

Le deuxième argument est puisé dans l'art. 1872, TROPLONG y répond. Voir en outre ci-après l'opinion de DUVERGIER.

(1) L. 52, § 6, D. *Pro socio*.

(2) Voy. *infrà*, n° 1058.

(3) Art. 1865 à 1871.

(4) DUVERGIER, n° 415, combat aussi DURANTON.

Add. Où il dit : « Duranton pense que, suivant l'article 1872, les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés : preuve bien évidente que l'art. 815 lui-même s'y applique pareillement. La preuve ne me paraît pas le moins du monde concluante. L'art. 1872 pose comme principe général, que les règles relatives au partage des successions sont applicables au partage de la société; mais lorsque la nature de celle-ci repousse cette application, il faut bien reconnaître qu'elle ne doit pas avoir lieu. Ainsi, Duranton lui-même démontre que le retrait autorisé par l'art. 841 ne peut être exercé entre associés. Or, il a été clairement établi que l'on paralyserait la plupart des sociétés, si on les forçait à se renfermer absolument dans le court intervalle de cinq années; et il n'y a point de jurisconsulte, point d'économiste, qui ne reconnaisse qu'il importe également de ne pas souffrir de longues indivisions, et d'autoriser de longues sociétés.

« Est-il besoin enfin de montrer qu'affranchies de la limite posée par l'art. 815, les associations peuvent fort bien n'avoir d'autres bornes que celles de la vie humaine; que l'art. 1780, qui ne permet pas d'aliéner sa liberté, qui rompt l'engagement de celui qui se place pour toujours en état de servitude ou de domesticité, est absolument étranger au sujet qui nous occupe? Cela me semble tout à fait inutile, il est assez évident de soi-même que les rapports d'égalité, d'indépendance réciproque, les liens parfaitement honorables qui unissent les associés, sont d'une autre nature que ceux qui existent entre un maître et ses domestiques ou gens de service. »

(5) N° 476.

Add. Où DURANTON dit : « Il faut remarquer que le code ne confond pas, quant à leur dissolution par l'effet de la renonciation de l'une des parties, les sociétés à temps limité, les sociétés à terme, comme les appelle l'art. 1869, avec les sociétés pour une entreprise déterminée, pour une affaire d'une durée même limitée. Il y a bien cela de commun entre les unes et les autres, qu'elles finissent toutes de plein droit par l'expiration du temps convenu, ou par la consommation de l'entreprise; mais il y a cette différence entre elles, que l'une des parties ne peut renoncer à la société à terme fixe, sans le consentement de toutes les autres, quand bien même les choses seraient encore entières, qu'aucune opération n'aurait encore été entreprise ou commencée : au lieu que lorsqu'il s'agit d'une société pour telle entreprise, telle opération, par exemple pour acheter telle partie de marchandises en commun, chacun des associés peut renoncer à la société, tant que les choses sont encore entières, pourvu que sa renonciation soit faite de bonne foi, c'est-à-dire non en vue de s'approprier à lui seul les bénéfices que l'on s'était proposé de faire en commun, en faisant ensuite l'opération personnellement pour son compte par lui-même ou par une personne interposée.

« Ce n'est en effet qu'à l'égard des sociétés à terme qu'il est dit que la renonciation de l'une des parties ne peut en opérer la dissolution, à moins qu'il n'y en ait de justes motifs. Cela résulte de l'art. 1871; et l'art. 1844 distingue très-bien les sociétés avec terme convenu, des sociétés pour une affaire dont la durée est même limitée par la nature de l'entreprise. A la vérité l'article 1869 jette quelque obscurité sur la question en disant que la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est *illimitée*; car l'article 1844 lui-même suppose des sociétés pour une affaire dont la durée est limitée, et assurément il en est un grand nombre; d'où il paraîtrait que le mode de dissolution par la volonté de l'une des parties ne s'applique pas plus à ces sociétés, qu'aux sociétés contractées pour un temps préfix, quand bien même, dans les premières, toutes choses seraient encore entières, et que l'associé ne renoncerait pas de mauvaise foi. Mais entendre la loi ainsi, ce serait changer toutes les idées reçues. On a toujours admis qu'un associé dans une société contractée en vue d'une opération à faire, peut y renoncer, toutes choses étant encore entières, pourvu que sa renonciation soit de bonne foi. Tel est le cas prévu à la loi 65, § 4, D. à ce titre, et reproduit par Pothier, où je renonce à la société que nous avions formée vous et moi pour acheter en commun certaine chose dont je me suis dégoûté, ou que quelque événement survenu dans mes affaires m'empêche d'acheter. *Item, si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deindè solus volueris eam emere, ideoque renuntiaveris societati ut solus emeres* (ce qui est le cas de renonciation de mauvaise foi), *teneberis quanti interest meâ. Sed si ideo renuntiaveris quia emptio tibi displicebat, non teneberis quamvis ego emero : quia hic nulla fraus est. Eaque et Juliano placent*. Cependant rien n'est plus limité qu'une telle opération.

« Enfin restreindre le mode de dissolution par la seule volonté des parties aux sociétés qui ne seraient ni à terme fixe, ni pour une affaire limitée par sa nature, ce serait vouloir que ce mode de dissolution ne fût applicable pour ainsi dire qu'aux sociétés

voque Pothier (1) et la loi 65, § 4, au D. *Pro socio* (2).

Ni Pothier ni la loi romaine ne peuvent l'emporter sur les articles 1869 et 1871 combinés, qui n'appliquent la dissolution *ad nutum* qu'aux sociétés dont la durée est illimitée. Une société, qui doit prendre fin avec telle opération qu'elle dirige, n'est pas illimitée; elle a un terme prévu. La volonté de l'une des parties ne peut donc devancer le moment où la société se dissoudra d'elle-même par la conclusion de l'opération (3).

Si l'opinion contraire devait prévaloir, les parties n'entreraient qu'avec timidité dans les sociétés pour une certaine opération; sociétés si fréquentes et si utiles dans le mouvement commercial. Et qu'on ne dise pas que les parties pourront se prémunir contre le repentir imprévu de l'une d'elles, en fixant un

---

universelles, que nous connaissons plutôt dans le code civil que dans la pratique (si ce n'est toutefois entre époux et par leur contrat de mariage), car la plupart des autres sociétés qui ne sont point contractées à temps, le sont pour une entreprise déterminée, pour une affaire limitée; et il est invraisemblable que les rédacteurs du code l'aient entendu ainsi, surtout si l'on s'attache à l'art. 1871, et si on le rapproche de l'art. 1844 où évidemment l'on distingue les sociétés pour une affaire déterminée, et limitée dans sa durée, des sociétés qui sont contractées pour un temps fixe, par exemple pour quatre ans. Tel est, au surplus notre opinion, conforme à celle de Pothier, dont les rédacteurs du code ont généralement suivi les décisions en cette matière comme en tant d'autres. »

(1) N° 150.

(2) Part.

(3) *Junge* DUVERGIER, n° 453.

Add. Où il dit : « A mon avis, peu importe le moyen par lequel le terme est fixé, pourvu qu'il le soit. Ainsi, la renonciation d'un associé ne mettra fin à la société, ni lorsque le temps de sa durée sera expressément et directement réglé par le contrat, ni lorsque, la société étant formée pour une affaire déterminée, le terme se trouvera ainsi clairement indiqué, quoique d'une manière implicite et indirecte.

« Pothier est d'une opinion opposée, ou plutôt il n'examine point la question; seulement il reproduit la loi 65, § 4, D. *Pro socio*, qui, en effet, autorise un associé à renoncer à la société lorsqu'elle a pour objet une acquisition déterminée, par cela seul que cette acquisition lui déplaît, *quia emptio displicebat*.

« Le texte du code civil laisse du doute; un article autorise la solution, que l'autre repousse.

« L'art. 1869 dit, que la dissolution de la société par la volonté de l'une des parties ne s'applique qu'aux sociétés dont la durée est *illimitée*.

« Cette expression peut être invoquée en faveur de mon opinion; car la durée d'une société n'est pas illimitée lorsque la nature des opérations la limite.

« Mais l'art. 1871 présente la même idée, sous une forme différente; il porte, que la dissolution des sociétés à *terme* ne peut être demandée par l'un des associés avant *le terme convenu*. Ces derniers mots semblent n'établir la prohibition de renoncer à la société, que lorsque la *convention* en a fixé expressément le terme : et par conséquent, ils peuvent être considérés comme autorisant, dans tous les autres cas, la renonciation volontaire.

« Par une sorte de fatalité, le discours de Treilhard au corps législatif présente aussi un sens ambigu.

« Le contrat, y est-il dit, étant formé par le consentement, « peut se résoudre sans contredit par une volonté contraire.

« Le contrat peut avoir pour objet une affaire déterminée; la « société expire donc naturellement lorsque l'affaire est finie.

« Le contrat peut être formé pour un temps limité; la société « cesse donc d'exister à l'expiration du terme convenu. »

« Après avoir ainsi indiqué le moment où les deux espèces de sociétés finissent, l'orateur ajoute :

« Elle (la société) ne doit pas finir plus tôt, à moins, toute« fois, que l'un des associés n'eût un juste motif d'en provoquer « le terme. »

« Cela est-il dit seulement de la société dont le terme est *convenu*, ou bien cela s'applique-t-il aussi à celle qui est formée pour une entreprise déterminée?

« Il est difficile de répondre avec certitude.

« Mais si le texte et l'exposé des motifs laissent des doutes sur la question, la doctrine les lève.

« Pourquoi permet-on aux membres d'une société, dont rien ne limite la durée, d'y renoncer? C'est parce que l'engagement qu'ils ont contracté n'a rien de contraire à cette faculté. Ils ont stipulé qu'ils seraient en société; ils n'ont pas dit pour quel temps, chacun est libre de déclarer qu'il ne veut plus être associé.

« Lorsque, au contraire, le terme a été fixé par la convention, la volonté d'un seul ne peut avoir la puissance de briser le lien qu'a formé la volonté de tous.

« Par la même raison, ceux qui ont consenti à faire ensemble une entreprise déterminée, sont obligés à exécuter leur engagement, c'est-à-dire à terminer l'entreprise. Permettre à l'un d'entre eux de se retirer, ce serait, contrairement à la loi qui régit tous les contrats, décider qu'une convention légalement formée n'est pas une loi pour ceux qui l'ont faite, et qu'elle peut être révoquée autrement que par le consentement mutuel des parties

« Je crois donc qu'une société n'a point une durée illimitée, dans le sens de l'art. 1869, non-seulement lorsque son terme est fixé, mais aussi lorsqu'elle est faite pour une entreprise déterminée.

« Voici l'exemple donné par Pothier : « Si deux libraires, « dit-il, se sont associés pour acheter ensemble une bibliothèque, « sur laquelle il y avait du profit à faire, et qu'avant qu'elle eût « été achetée pour le compte de la société, l'un des associés, afin « de l'acheter pour son compte particulier et d'avoir seul le bé« néfice, eût notifié à l'autre qu'il n'entendait plus être de société « avec lui, cette renonciation à la société est de mauvaise foi, et « ne désoblige pas celui qui l'a faite envers son associé qui peut « lui demander sa part du bénéfice. Mais si cet associé n'a re« noncé à la société que parce qu'il était dégoûté du marché « pour lequel ils s'étaient associés, sa renonciation est de bonne « foi et valable, la chose étant encore entière : en ce cas, l'autre « associé ne peut prétendre contre lui aucuns dommages-in« térêts. »

« L'iniquité de cette décision est évidente. Le second libraire aura préparé ses fonds, il aura refusé de faire une autre opération lucrative; cependant il n'aura pas un capital suffisant pour acheter seul la bibliothèque dont l'acquisition devait être faite en commun; et il faudra qu'il se soumette, sans se plaindre, au changement de volonté de son associé; qu'il souffre un dommage, et qu'il ne puisse en demander la réparation à celui qui le lui cause en refusant d'exécuter l'obligation de faire qu'il avait contractée! Cela n'est ni juste ni juridique.

« Duranton prétend que, « restreindre le mode de dissolution « par la seule volonté d'une partie, aux sociétés qui ne seraient « ni à terme fixe, ni pour une affaire limitée par sa nature, ce « serait vouloir que ce mode de dissolution ne fût applicable, « pour ainsi dire, qu'aux sociétés universelles que nous con« naissons plutôt dans le code civil que dans la pratique; car « la plupart des autres sociétés qui ne sont point contrac« tées à temps, le sont pour une entreprise, pour une affaire « limitée. »

« C'est là une erreur de fait. Tous les jours, on forme des sociétés qui ne sont point universelles, et qui cependant n'ont point pour objet une affaire déterminée. Certainement les opérations en vue desquelles on s'associe sont désignées, mais dire que tel négoce sera l'objet de la société, et stipuler que la société est formée pour telle affaire spéciale, sont des choses essentiellement différentes. Ainsi, ceux qui s'associent pour faire le commerce des vins, ou le commerce des draps, ne forment pas une société pour une affaire déterminée, comme ceux qui s'associent pour acheter la cargaison d'un navire. »

terme : cela n'est pas toujours faisable. Les associés ne peuvent, en général, prévoir combien de temps durera l'affaire spéciale qui est le but de leurs efforts ; c'est assez pour eux d'avoir stipulé que la société durerait autant que l'opération.

Et puis, il serait si difficile de trouver le moment précis où la renonciation ne serait pas faite à contre-temps, que le code a été sage de ne tenir aucun compte des cas presque impossibles où la société n'aurait pas à souffrir de ce caprice.

971. Quoique la société soit illimitée, il arrive quelquefois, lorsque son capital est divisé par actions, que les statuts, voulant la prémunir contre des demandes en dissolution qui mettraient fin à d'utiles et florissantes affaires, interdisent aux associés de demander le partage, sauf à eux à se retirer en vendant leurs actions ; on demande si cette clause est licite.

D'abord, je la trouve écrite en toutes lettres dans les statuts de la compagnie des Indes (1). Il y en a des exemples notables dans des sociétés qui remontent à la plus haute antiquité. Le moulin du Basacle, à Toulouse, a été constitué en société indissoluble *ad nutum*, par des conventions dont la première origine se perd dans la nuit des temps. Les associés ne peuvent sortir de la société qu'en vendant leur action (2). Il y a également à Moissac et à Montauban de très-anciens moulins, constitués sur les mêmes bases.

Néanmoins, la légalité de cette convention a été sérieusement contestée devant la cour de cassation, dans une affaire dont le rapport m'avait été confié.

Le 3 novembre 1818, plusieurs personnes se réunirent pour faire l'acquisition en société du moulin de Bellerive, alors en état d'abandon par suite des crues d'eau qui en avaient détruit le barrage. Vingt-quatre actions furent créées par l'acte de société, et distribuées entre les associés en raison de leur intérêt. Ces actions, qui devaient représenter tous les droits des parties tant à la propriété qu'à la jouissance du moulin, étaient déclarées cessibles, sans autre condition que celle de la préférence en faveur de la société en cas de vente. Aucun terme ne fut fixé à la durée de l'association.

Le moulin de Bellerive fut acquis le même jour au nom des associés et suivant les proportions d'intérêt réglées entre eux.

Les conventions sociales furent exécutées par toutes les parties jusqu'à ce que les époux Bosc, porteurs d'un certain nombre d'actions, assignèrent leurs coassociés devant le tribunal de Montauban pour voir déclarer l'association dissoute et ordonner le partage ou la licitation.

Les assignés prétendirent que les époux Bosc étaient non recevables ; ils disaient : L'acte du 3 novembre 1818, en conférant aux associés le droit de vendre leurs actions, leur a implicitement interdit celui de demander le partage : cette intention est trop clairement manifestée dans l'acte social pour qu'on le méconnaisse.

Le 26 août 1839, jugement du tribunal civil de Montauban qui adopte ce système de défense ; et, le 21 août 1840, arrêt de la cour royale de Toulouse qui confirme.

C'est cet arrêt que les époux Bosc déféraient à la cour de cassation pour violation des articles 1865, 1869, 1872 et 815 du code civil.

La durée de la société pour le moulin de Bellerive, disait-on dans leur intérêt, n'a pas été limitée ; il est donc permis aux associés d'y renoncer. Toute stipulation contraire violerait l'article 815 du code civil, qui s'applique à tous droits indivis (3).

Ces règles ont été méconnues par la cour de Toulouse, qui, même sans parler de mauvaise foi ou d'intempestivité, a repoussé la demande en dissolution.

Aussi est-ce ailleurs que dans l'acte social que cette cour a puisé les éléments de sa décision. Elle a consulté l'intention des parties, et elle prétend que cette intention aurait été d'interdire toute demande en partage, ne laissant à chaque associé que la faculté de vendre ses actions.

Mais cette faculté n'est pas exclusive de la faculté écrite dans les articles 1865 et 1869 : autant vaudrait dire que des cohéritiers ne peuvent pas demander le partage de la succession, parce que la loi ayant posé les bases de leurs droits, chacun peut céder la part qu'il demande dans l'hérédité.

Sur ces moyens, voici les observations que je soumettais à la cour, en ma qualité de rapporteur :

« L'arrêt, dont il faut bien se garder de scinder la pensée, ne dit pas que l'on pourra renoncer d'une manière absolue aux dispositions du code civil qui donnent aux parties les moyens de sortir d'une société illimitée. Il dit que les moyens de la loi peuvent être remplacés par des moyens conventionnels.

« Si l'arrêt dénoncé avait posé ce point de droit, que l'on peut s'enchaîner à perpétuité dans les liens d'une société illimitée, que l'on peut s'interdire tous les moyens d'en sortir, il aurait certainement violé les règles les plus essentielles et les plus élémentaires dans cette matière. L'indivision perpétuelle a été regardée par les lois de tous les pays comme une situation dangereuse et contraire à l'ordre public. Le droit romain la condamnait (4). Ses interprètes en ont fait ressortir les inconvénients : « Propter discordias quas « materia communionis excitare solet, » dit le président Favre (5). La cour connaît les dispositions de l'article 815, qui veut que nul ne puisse être contraint de rester dans l'indivision malgré toutes les conventions quelconques ; les articles 1844, 1868 et 1869 sont l'écho du même principe.

« Ainsi, il faut reconnaître que si deux personnes s'étaient réunies en société avec stipulation que leur société aurait une durée indéfinie et qu'elles ne pourraient jamais se séparer, cette convention serait nulle. C'est ce que dit un célèbre interprète du droit romain, le président Favre, dont la décision reçoit une entière application sous le code civil : « *Quia non valeret* « *conventio ne unquam a communione vel a* SOCIETATE « *discederetur*, quia nulla *societatis* aut alterius con- « ventionis in æternum coitio est, propter discordias « quas materia communionis excitare solet (6). »

« Mais, il faut le répéter, l'arrêt n'a pas consacré une telle erreur ; seulement, il admet que la dissolution et le partage ne sont pas des voies sacramentelles pour sortir de l'indivision sociale ; qu'à la vérité ce sont les seules que la loi mentionne, mais que la convention peut en trouver d'autres, qui les remplacent utilement ; que la division du capital en actions cessibles ouvre un moyen de concilier la liberté de l'homme, protégée par la loi, avec la pérennité de la société ; qu'elle permet à l'associé de se mettre hors de la société sans toucher à la société même, et que par là le vœu de la loi se trouve rempli, et les principes sont sauvés.

(1) *Suprà*, n° 446.
(2) CHAMPIONNIÈRE, t. IV, n° 3687. Voy. notre préface.
(3) Arg. de l'art. 1872.
(4) L. 14, § 2, D. *Pro socio*; L. 70, D. *Pro socio*.
(5) Sur la loi 14, D. *Pro socio*.
(6) *Ibid.*

« Ainsi posée, la question est loin d'être la même que celle qui consisterait à savoir si l'on peut renoncer au droit de se retirer *ad nutum* d'une société indéfinie. Cette dernière se résout à l'instant par la négative; l'autre répugne beaucoup moins à la décision affirmative que lui a donnée la cour de Toulouse.

« Néanmoins, une objection se présente :

« Le droit de sortir de l'indivision par le partage est un droit certain dans ses effets, infaillible dans ses résultats. Au contraire, la faculté de vendre son action peut manquer, faute d'occasion. L'indivision continue forcément alors. Or, a-t-on pu remplacer un droit complet, par une faculté sujette à faillir? N'y a-t-il pas dans cette substitution une renonciation à une garantie d'ordre public? »

« Autre objection :

« La loi a bien su que dans une communauté on était libre de vendre sa part, et, par conséquent, de se mettre hors de communauté; et cependant, malgré cette faculté qui est de droit, elle a voulu qu'on pût demander le partage. A côté de la faculté de vendre sa part indivise, elle a placé la faculté de partager la chose commune. Pourquoi le droit de vendre l'action, réservé ici par le pacte social, aurait-il plus de force que le droit de vendre sa part indivise, attribué de plein droit au communiste? N'y a-t-il pas parité dans ces deux cas? L'action n'est-elle pas une *portion indivise* (1) dans la propriété de tout ce qui compose le fonds social, qui ressemble trait pour trait à la part indivise que le communiste peut aliéner? »

Ces objections contre l'arrêt de la cour royale de Toulouse, jointes à la nouveauté de la question, étaient certainement assez graves pour déterminer le renvoi de la cause à un débat contradictoire devant la chambre civile de la cour de cassation. En conséquence, le pourvoi fut admis par arrêt de la chambre des requêtes, du 25 janvier 1842, sur les conclusions conformes de Pascalis, avocat général.

Il ne m'appartient pas de rien préjuger sur l'arrêt définitif à intervenir.

Cependant on peut présenter de fortes raisons au soutien de l'arrêt dénoncé.

Parmi les différences nombreuses qui existent entre la communauté et la société, il en est une qu'il faut rappeler ici (2). La société est, dans ses rapports intérieurs et extérieurs, une personne civile, distincte des individus qui la composent; la communauté, au contraire, n'est qu'une juxtaposition de personnes dont la communauté ne saurait se détacher. La société devient propriétaire des apports sociaux, et les associés sont censés s'en être dépouillés à son profit. Dans la communauté, chacun des communistes reste propriétaire de sa part; il en conserve le domaine éminent et l'administration.

Cependant, quelle que soit l'importance du rôle que joue la société comme être moral, quelque diminution qu'éprouve le droit individuel de propriété dans la personne des associés, il est cependant impossible de les considérer comme entièrement étrangers à la copropriété de l'actif social. Aussi avons-nous vu ci-dessus (3) la fiction logique mitiger dans certains cas ses conclusions, et se prêter au rôle de copropriétaire réclamé par les associés *ut singuli*. De là, une position dépourvue d'unité et variant au gré des circonstances.

Une combinaison, cependant, a été imaginée, qui sépare plus distinctement l'intérêt individuel d'avec l'intérêt collectif, et prévient leur rencontre ou leurs tiraillements; c'est la division du capital social en actions; son but est d'organiser (4), à côté de la propriété sociale, le droit des associés considérés *ut singuli*. Par cette combinaison, ces deux droits ont été tellement différenciés, la propriété sociale a été si nettement dessinée hors du cadre de l'intérêt des associés, que, tandis que la société est propriétaire d'immeubles, les actions délivrées aux sociétaires sont de purs meubles (5). On ne peut voir un contraste plus frappant.

Ainsi donc, les associés, tant que dure la société, ne peuvent pas se dire copropriétaires de la chose; c'est sur la tête de la société que repose l'actif social indivis; ils ne sont propriétaires que des actions qu'ils ont consenti à recevoir en échange de leurs mises : ils ont vendu leur apport à la société et ont reçu pour prix des actions, à charge qu'à la dissolution de la société l'actif social leur fera retour. Tel est le résultat de la fiction du corps moral.

Ceci posé, voyons si la propriété des actions, ainsi substituée à celle des apports respectifs, place les associés dans un état d'indivision d'où il soit d'ordre public de les faire sortir quand ils le demandent.

La répartition des actions entre les associés se montre sur-le-champ à l'esprit comme un partage des valeurs sociales. Les titres d'actions sont individuels; ils représentent des sommes d'argent; ils correspondent à des parts divises du capital mis en société. Aussi la loi dit-elle : « Le capital de la société *se divise* en actions (6). » Il y a donc une division, un partage entre associés. A la vérité, ce partage laisse subsister l'intégrité en masse des biens dévolus à la société. Mais il n'importe. Les associés ne sont pas propriétaires de ces biens qui, comme je l'ai dit, appartiennent à la personne civile; ils ne sont propriétaires que de leurs actions, et dès lors il ne peuvent pas dire que le capital social est indivis. Il n'y a indivision que lorsqu'il y a plusieurs propriétaires; et ici la société seule, être moral capable des droits les plus relevés, a été investie de la propriété; elle la possède dans un état d'unité, et non pas dans un état d'indivision.

Sans doute, quand la personne civile s'éteindra, les associés lui succéderont, et l'on tombera dans l'état de communauté : c'est alors que toute convention qui rendrait le partage impossible serait contraire aux lois. Mais tant que la personne civile subsiste, les associés sont séparés du partage, à peu près comme des héritiers en présence d'une succession non ouverte. Ils ne peuvent donc le demander ni à cause de leur état présent, puisque, par rapport à eux, le capital social a été divisé par la répartition des actions, ni à cause de l'état futur, puisque aucun des inconvénients d'une indivision actuelle ne force à en précipiter l'avénement.

Par là s'affaiblit considérablement la comparaison que je faisais dans l'intérêt du pourvoi entre la vente d'une action, et la vente d'une part indivise dans une succession. Celle-ci ne transmet à l'acheteur qu'une copropriété nécessairement sujette à partage pour être précisée. Celle-là, au contraire, lui transmet une valeur détachée du fonds social, ayant une existence divise, et prenant sa source dans un partage originaire du capital constitué.

On objecte que si l'associé veut sortir de la société

(1) Je citais PARDESSUS, t. IV, n° 992. Voy. *suprà*, n°s 128, 138, 139.

(2) *Suprà*, n° 24.

(3) N°s 70 et suiv.

(4) Art. 34 et 38 du code de commerce.

(5) *Suprà*, n° 140.

(6) Art. 34 et 38 du code de commerce; *suprà*, n° 138.

par la vente de son action, et qu'il ne trouve pas d'acheteur, il sera contraint à rester indéfiniment dans la société; ce qui sera violer la maxime *nul n'est associé qui ne veut*.

Mais, d'une part, cet obstacle ne'opère pas d'une manière absolue; il peut n'être que momentané et n'apporter qu'un simple retard au lieu d'un empêchement définitif. D'autre part, on ne saurait mettre sur la même ligne une renonciation entière au droit de sortir d'une société illimitée, et une convention de n'en sortir qu'à certaines conditions. Dans ce dernier cas, il n'y a pas d'abandon compromettant de sa liberté; on restreint son droit, on n'en fait pas le sacrifice. Autre chose est l'aliéner, autre chose est le subordonner à certaines éventualités. C'est ce qu'ont compris les fondateurs des sociétés civiles qui exploitent, depuis si longtemps et avec tant de succès, les usines importantes du Basacle et autres situées dans le ressort de la cour royale de Toulouse. L'organisation de ces sociétés a servi de modèle à celle qu'on attaque aujourd'hui. Peut-on croire que le code civil ait voulu frapper de dissolution ces établissements précieux, dont la prospérité est principalement due aux éléments de conservation et de durée déposés dans leurs statuts?

Telles sont les raisons qui se balancent sur cette importante question. Confions-nous aux magistrats qui en sont saisis, pour en avoir la vraie solution.

972. Mais les doutes seraient moins sérieux si la société, dont on poursuit la dissolution, offrait de faire achat de l'action à un juste prix : cette offre enlèverait au demandeur son principal argument.

973. Il ne serait pas possible d'en concevoir non plus, s'il s'agissait d'une société formée pour l'exploitation d'une mine.

C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 7 juin 1830, au rapport de Mounier-Buisson (1).

Une mine avait été concédée à perpétuité à une société déjà constituée pour son exploitation. Or, on sait qu'une telle concession est indivisible. D'après la loi, les associés ne peuvent la partager entre eux ni en diviser l'exploitation. Dans ces circonstances, la cour pensa que ce n'était pas le cas de solliciter l'application des articles 815 et 1872, et autres invoqués; que la convention de ne pas demander la dissolution de la société était valable, à raison des spécialités de la loi de 1810; que si, d'après le droit commun, on peut demander la licitation d'une chose qui n'est pas susceptible de division, il n'en est pas de même d'une chose dont la loi interdit le partage. Ces motifs déterminèrent le rejet du pourvoi contre l'arrêt de la cour royale de Lyon.

Du reste, cette cour, après avoir invoqué les règles particulières et exceptionnelles de la loi sur les mines, avait essayé de rattacher sa décision aux principes généraux. Elle avait dit, en se plaçant à ce point de vue:

Sans doute, les sociétés dont la durée est illimitée sont dissolubles par la volonté de l'une des parties, notifiée en temps opportun et sans fraude; mais c'est là une règle du droit civil, qui ne tient à aucun motif d'ordre public. Le pouvoir conféré aux parties par l'article 1134 à la faculté d'y déroger; il leur est permis de stipuler que la société sera transmissible aux héritiers, bien que, d'après l'art. 1865, elle cesse par la mort. Or, les associés qui ont voulu que la mort même ne pût rompre l'association, ont bien pu, à plus forte raison, s'interdire de la rompre à volonté. La règle *nul n'est associé qui ne veut* est sans doute applicable sans distinction aux sociétés où l'industrie et l'action personnelle des associés sont mises en commun. Alors vient le principe *nemo potest cogi ad factum*. Mais elle n'est pas applicable au cas où il y a association pour la chose plutôt qu'association des personnes, et où aucun des associés n'est appelé à fournir le concours de son travail individuel. Le remède à l'indissolubilité est dans le droit de vendre l'action.

Mais la cour de cassation ne voulut pas suivre la cour de Lyon dans cette argumentation surabondante, et trop hardie, à mon sens, dans certaines parties; elle se renferma dans le côté spécial de la question (2). On a vu, au n° 971, qu'une espèce nouvelle pose la difficulté, abstraction faite de toute circonstance particulière.

974. Lorsque la volonté des parties n'est soumise à aucune condition, soit par la convention, soit par la loi, elle doit cependant garder certains ménagements pour dissoudre la société; il faut qu'elle soit de bonne foi et qu'elle ne soit pas faite à contre-temps.

La renonciation n'est pas de bonne foi, lorsque l'associé renonce, pour s'approprier, à lui seul, le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun.

Paul donne cet exemple. Ayant contracté avec vous une société de tous biens, Pierre, averti par un de ses amis mourant qu'il l'a institué son héritier, s'empresse de vous notifier qu'il n'entend plus être associé avec vous. Cette renonciation, faite dans la vue de profiter exclusivement d'un avantage qui devait tomber dans le société, n'empêche pas cette société d'en profiter s'il y a du bénéfice pour elle (3); car le contrat de société est un contrat de bonne foi, et une volonté frauduleuse peut lui porter atteinte.

975. La renonciation, ainsi faite de mauvaise foi, est frappée d'une nullité relative; de telle sorte que si l'affaire, qui a excité la convoitise de l'associé renonçant est reconnue mauvaise, la société peut le prendre au mot, et laisser cette affaire à son compte avec tous les dommages. Si, au contraire, elle est bonne, elle peut le forcer à lui en communiquer les profits. Le contrat devient boiteux, pour peine de son dol. Ainsi le décide le jurisconsulte Paul (4), dont la

(1) DALLOZ, XXX, 1, 279.

(2) **Add.** Sur la question on peut consulter DELEBECQUE, *Traité sur la législation des mines*, t. II, n° 1242 et 1246. Aux arrêts cités de la cour d'appel de Bruxelles, il faut joindre celui rapporté dans le J. de B., 1839, 1, 424.

(3) L. 65, § 3, D. *Pro socio*; POTHIER, n° 150. *Junge* l. 65, § 4, D. *Pro socio*.

Add. DELEURIE dit, n° 11142 : « Comme s'il quittait pour acheter seul ce que la société voulait acquérir. »

DELVINCOURT dit, dans le même sens : « Par exemple, nous contractons société pour acheter une partie de marchandises; mon associé se procure les renseignements nécessaires pour l'achat; et voyant qu'il a plus de facilité que moi pour faire l'acquisition, il renonce à la société, me notifie la renonciation, et fait ensuite l'achat pour son compte particulier. La renonciation peut être annulée, et je puis demander le partage des bénéfices. Mais remarquez que le droit de demander la nullité m'est personnel; en sorte que, si la même affaire que mon associé a crue avantageuse, vient, au contraire, à être préjudiciable, il ne peut me forcer de contribuer à la perte (l. 65, § 3, ff. *Pro socio*).

(4) L. 65, §§ 3 et 6, D. *Pro socio*.

Voy. CUJAS, l. 32, *Pauli ad edict.* Voici ses termes : « Quod » ei posteà lucri obvenerit, communicare cogitur; detrimentum » vero solius est; et ex diverso, quod cæteri socii adquisierint, » ad eos solos pertinet; quod autem damnum fecerint, commune » est inter eos et illum qui societati, dolo malo, renuntiaverit. »

FAVRE, sur ce texte, dit : « Contractus claudicat, et non nisi » unâ ex parte durat. » *Junge* LEBRUN, sect. II, p. 623, n° 3.

pensée est reproduite dans les Institutes de Justinien (1).

De même, si la société a fait de mauvaises affaires, elle peut forcer le renonçant à venir contribuer aux pertes; si elle en a fait de bonnes, elle peut les garder pour elle et opposer au renonçant son propre fait (2). C'est ce qui faisait dire au jurisconsulte Paul : « Socium a se, non se a socio liberat (3). »

976. Mais voici une question plus délicate : Au moment où le renonçant signifiait sa volonté frauduleuse de sortir de la société, préoccupé qu'il était de cette hérédité qu'il voulait se rendre propre, il y avait pour lui une autre cause de gain dont il n'avait pas connaissance. Ce gain lui échoit, en effet, après sa renonciation; lui sera-t-il propre, ou devra-t-il le communiquer?

Paul et les Institutes décident que ce gain ne sera pas soumis à rapport. Il n'y a pas eu de dol à cet égard : *quia nec dolus admissus est in eo*, et on ne doit pas en étendre la peine d'un cas à un autre (4).

Cette décision, reproduite par Felicius (5), mais dont je ne trouve pas de traces dans le *Contrat de société* de Pothier, me paraît difficile à concilier avec le texte de l'article 1869. Cet article s'oppose à ce qu'une renonciation de mauvaise foi opère dissolution; et elle l'opérerait en partie, s'il fallait faire une distinction entre les gains prévus et les gains imprévus, prolonger la société à l'égard de ceux-là, et l'arrêter dans ses effets à l'égard de ceux-ci (6).

977. Il ne suffit pas que la renonciation soit faite de bonne foi; il faut encore qu'elle ne soit pas faite à contre-temps. Elle est faite à contre-temps, dit notre article, lorsque les choses ne sont plus entières et qu'il importe à la société que sa dissolution soit différée (7). Quand même l'associé renonçant aurait intérêt à se retirer, il doit attendre un moment plus opportun. L'intérêt de la société l'emporte sur le sien. « Semper enim non id, quod privatim interest unius « ex sociis servari solet, sed quod societati expe« dit (8). »

978. Du reste, l'appréciation de l'inopportunité d'une renonciation est abandonnée à la sagesse du juge, qui prend conseil des circonstances.

979. Les effets d'une renonciation intempestive sont les mêmes que les effets d'une renonciation de mauvaise foi (9).

980. Les parties peuvent stipuler, par leurs statuts, que chaque associé pourra se retirer à son gré, quand même sa retraite serait inopportune (10). *Conventiones dant legem contractibus.*

981. Dans tous les cas où la renonciation est admise, elle n'a de valeur, contre les associés, qu'autant qu'elle est notifiée à tous (11). Pour prévenir les dénégations, il est nécessaire qu'elle soit constatée par écrit (12). Du reste, cet écrit ne peut être opposé aux tiers qui ont intérêt à ce que la société ait continué, que s'il a date certaine (13).

982. Si la renonciation n'est pas notifiée à tous, il est évident qu'elle est sans effet à l'égard de ceux qui n'en ont pas été touchés. Toutefois, s'ils avaient intérêt à la tenir pour faite, ils pourraient renoncer à une notification inutile, accepter la dissolution proposée, et fermer la bouche à l'associé renonçant, qui se prévandrait de son omission pour revenir sur son propre fait (14). C'est le cas de répéter avec Paul : *A se socios*

---

(1) *De societate*, § 4.

(2) L. 65, § 6, D. *Pro socio;* POTHIER, n° 154.

(3) *Loc. cit.*

(4) FAVRE dit : « Neque facilè dali præsumptio capienda est, « ut ab uno casu trahatur ad alium... Ergo non debet hâc in re « socius qui renuntiavit, puniri, ut lucrum acquisitionis, post « renuntiationem factæ, aliis communicare cogatur.., cum ratione « hujus novæ acquisitionis dolum nullum commiserit. »

(5) Cap. XXXV, n° 11. *Junge* DURANTON, t. XVII, n° 477.

Add. Où il dit : « Si la renonciation d'un associé a été faite de mauvaise foi, et dans la vue de s'approprier des bénéfices qui devaient être communs, il y a seulement lieu à obliger cet associé à mettre à la masse partageable le profit qu'il a fait, mais à tous autres égards, la société n'est pas moins dissoute depuis la notification de sa renonciation à tous les associés; en sorte que si, depuis cette époque, ceux-ci ont fait des pertes, ils ne peuvent pas obliger le renonçant à en supporter sa part; comme, de son côté, il ne pourrait pas demander sa part dans les bénéfices qui auraient été faits depuis la dissolution. » Op. conf. de DEMANTE, n° 595.

(6) *Junge* DUVERGIER, n° 460.

(7) POTHIER, n° 151; PAUL, l. 65, § 5, D. *Pro socio.*

(8) PAUL, *loc. cit.*

Add. Op. conf. de DALLOZ, *Société*, chap. I, sect. IV, n° 19.

PARDESSUS dit, n° 1063 : « Il pourrait même se faire que l'objet de la société s'opposât à ce que la renonciation de l'un des associés pût jamais être de bonne foi, ou autrement qu'à contre-temps. En effet, quand l'objet mis en société, tel qu'une somme d'argent, des marchandises, etc., est susceptible d'une séparation facile, chacun reprenant sa propriété, le pacte social peut être rompu sans inconvénient. Mais s'il s'agit d'un secret d'art, qui ait été mis en société par l'un des associés, l'impossibilité où serait ce dernier de reprendre la mise tout entière, et la nature même de cette mise, commandent une exception. Dans toute société la maxime qu'on peut toujours se séparer est subordonnée au principe de justice et d'équité que la retraite d'un associé ne nuise point aux autres. Autrement cette rupture donnerait lieu à des dommages-intérêts; on invoquerait en vain la liberté naturelle, qui ne permet pas des liens indéfinis; chacun se doit, avant tout, à la foi de ses engagements. »

Jurisprudence. — Les dispositions des lois romaines, comme celles du code civil, qui prohibent les renonciations intempestives aux sociétés contractées pour un temps indéfini, ne s'appliquent point à une société qui a pour objet les biens d'une succession, et ordonnée entre héritiers par le testateur, en même temps que l'indivision des autres biens de la succession (22 juillet 1807. Civ. r., Liége, Goër. DALLOZ, XII, 488; DALLOZ, II, 1334).

(9) **Add.** On lit dans DELEURIE, n° 11145 : « L'associé qui renonce à contre-temps, non-seulement ne se dégage pas, mais est tenu des dommages-intérêts causés par sa renonciation, comme s'il quitte pendant qu'il est en voyage, ou occupé de quelques affaires pour la société, ou si sa rupture oblige à vendre une marchandise avant le temps. »

(10) PAUL, loi précitée; POTHIER, n° 151.

(11) Art. 1869; POTHIER, n° 153.

(12) POTHIER, *loc. cit.*

Add. DURANTON dit, n° 477 : « Cette notification a lieu par le ministère d'huissiers.

« Elle pourrait être aussi agréée et constatée par un acte passé entre tous les associés; mais il faudrait en général, si cet acte était sous seing privé, qu'il fût fait en autant d'originaux qu'il y aurait de parties ayant un intérêt distinct, avec la mention sur chaque original du nombre d'originaux qui seraient faits, conformément à l'art. 1325; attendu qu'il aurait pour résultat des renonciations réciproques à des droits existants ou pouvant exister; ce qui rendrait cet article applicable, ainsi que nous l'avons démontré quand nous en avons fait l'analyse.

« Il faudrait également que cet acte, pour pouvoir être opposé aux tiers, eût acquis une date certaine par l'enregistrement ou de l'une des autres manières exprimées à l'art. 1328; d'où l'on sent qu'il vaut bien mieux employer la voie de la notification par huissier. »

(13) POTHIER, n° 153.

(14) DELVINCOURT, t. III, p. 235, notes.

Add. *Junge Instit. de droit commercial; Des sociétés de commerce.*

DALLOZ, *Société*, ch. I, sect. IV, n° 20, rappelle l'opinion de

liberat, non se ab aliis (1). Le président Favre a fait ressortir avec justesse que le renonçant dégage ses coassociés, alors même que ces derniers ignorent la renonciation : « Is enim, qui renuntiavit, a se quidem liberare socium suum, *etiam ignorantes*, potest (2). » Et, en effet, la loi 17, § 1, D. *Pro socio*, confirme cette idée d'une manière positive (3).

Mais pourront-ils aussi renoncer à la notification, et faire dissoudre la société contre le gré de leurs coassociés, qui, ayant reçu la notification, se fondent sur ce qu'il y a d'incomplet dans l'acte du renonçant pour faire continuer la société (4)?

Delvincourt (5) et, après lui Duranton (6) et Duvergier (7) veulent que la société ne soit pas dissoute : La société, disent-ils, serait livrée à la merci des associés non touchés de la renonciation. En effet, il est évident que la non-réception de la notification peut leur servir de prétexte pour forcer la société à continuer ses opérations; mais si on leur donne le droit de se désister de la nullité, il arrivera qu'ils pourront faire prévaloir la dissolution; ainsi la continuation et la dissolution sont entre leurs mains, et, dans tous les cas, leurs coassociés seront obligés de subir leur volonté.

Cette opinion est également adoptée par les judicieux annotateurs de Zachariæ (8); et je l'approuve aussi, autant par les raisons que je viens de rappeler, que parce qu'entre associés l'art. 1870 du code civil range une volonté si incomplétement manifestée dans la classe des actes qui ne sont pas définitifs.

982 2° (9).

982 3° (10).

Art. 1871. La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y a eu de justes motifs; comme lorsqu'un autre associé manque

---

DELVINCOURT et en tire une conséquence : « Mais, ajoute le même auteur, comme nul ne peut tirer un avantage d'une faute qu'il a commise, pour se donner un droit qu'il n'aurait pas eu sans cette faute, il en résulte » que le droit de demander la continuation de la société est personnel et de pure faculté pour « celui auquel la renonciation a été notifiée, et que s'il ne veut » pas l'exercer (comme cela arrivera s'il y a perte), la continuation ne peut être demandée par le renonçant qui a omis de « notifier, ni par les autres associés auxquels on a notifié. »

DALLOZ ajoute : « Et alors la société sera censée dissoute du jour de la notification faite à ces derniers. Cette double décision est consacrée par la loi 17, § 1, D. *Pro socio*. »

(1) *Suprà*, n° 975.

(2) *Ration.* sur la loi 17, § 1, D. *Pro socio*.

(3) **Add.** TROPLONG suppose là que le débat s'engage entre le renonçant et ceux des associés auxquels il n'a pas notifié sa renonciation.

Op. conf. de DUVERGIER, n° 458; de DELVINCOURT, qui dit : « En effet, un des principes généraux du droit est que nul ne peut tirer avantage d'une faute qu'il a commise, pour se donner un droit qu'il n'aurait pas eu sans cette faute. Il résulte de là que le droit de demander la continuation de la société est personnel et de pure faculté pour celui auquel la renonciation n'a pas été notifiée, et que, s'il ne veut pas l'exercer, la continuation ne peut être demandée par le renonçant qui a omis de notifier. »

DUVERGIER, n° 458, enseigne aussi que ceux qui ont reçu la notification peuvent se refuser à la dissolution par le motif que la notification n'a pas été faite à tous; de même qu'ils peuvent admettre la notification comme bonne.

DURANTON, n° 477, ajoute : « La renonciation qui ne serait pas notifiée à tous les associés n'opérerait pas la dissolution même par rapport à l'associé qui l'a faite, si ses coassociés, même ceux auxquels elle a été notifiée, voulaient la tenir comme non avenue. »

(4) **Add.** Ici le débat s'engage entre ceux qui ont reçu la notification et ceux qui ne l'ont pas reçue.

(5) *Loc. cit.*

(6) T. XVII, n° 477.

(7) N° 458.

Add. Où DUVERGIER dit : « Enfin, si le renonçant est en dehors de la contestation, si c'est entre ceux qui ont reçu et ceux qui n'ont pas reçu la notification que s'agite la difficulté; ni les uns ni les autres ne pourront, contre leur volonté respective, obtenir la dissolution.

« Cela est évident pour ceux qui n'ont pas reçu la notification. Comment leur faire subir la cessation de la société, lorsque la connaissance de la renonciation ne leur est point parvenue de la part du renonçant lui-même?

« Quant aux autres, ils ne doivent pas être laissés à la merci de leurs coassociés. Il serait injuste que le défaut de notification qui n'est point leur fait eût cette conséquence, qu'on pût prononcer contre eux tantôt la dissolution, tantôt la continuation, au gré de leurs adversaires. Par la raison qu'ils ne peuvent empêcher la société de continuer, il faut qu'elle ne puisse être dissoute malgré eux. »

Ces motifs avaient été donnés par DELVINCOURT, *Instit. de droit commercial*. Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, n° 592.

(8) T. III, p. 75, note 11.

(9) **Add.** *Il faut en dire autant en cas de nullité de la notification, et dans le cas où elle est faite à contre-temps.* — C'est ce qu'enseigne DUVERGIER, n° 459, où il dit : « Toutes ces solutions sont applicables aux cas où l'un des associés aurait notifié une renonciation à contre-temps, ou par un acte nul en la forme. La renonciation, quel que soit le vice qu'on puisse lui reprocher, soit de ne pas être faite à tous, soit d'être faite à contre-temps, soit d'être irrégulière; la renonciation, suivant l'expression de Cassius, ne libère point l'associé de qui elle émane, envers ses associés, mais elle libère ses associés envers lui. *A se quidem liberare suos socios, se autem ab illis non liberare.* »

(10) **Add.** *Preuves de la dissolution.* — DUVERGIER dit à ce sujet, n° 461 : « Quelques-uns des faits qui opèrent la dissolution sont tellement notoires, comme la mort, l'interdiction d'un associé, que leur preuve ne peut jamais donner lieu à aucune difficulté.

« Lorsque la dissolution est l'effet de la volonté des parties, il n'y a point la même notoriété, ce sont les règles relatives à la preuve des conventions qui alors doivent être appliquées. Ainsi, la cour royale de Bordeaux a jugé que la preuve de la dissolution d'une société ne peut être faite par témoins, ni à l'aide de présomptions (15 novembre 1827; SIREY, XXVIII, 2, 77).

« Ceci, toutefois, ne doit point s'entendre d'une manière trop absolue.

« On a vu que, dans certaines circonstances, la constitution, ou la prorogation d'une société est établie autrement que par une preuve écrite, directe. Il en doit être de même de la dissolution (cass., 10 janvier 1831; SIREY, XXXII, 1, 207).

« D'ailleurs, quoique la société soit dissoute entre les associés et qu'une preuve régulière et légale soit produite par eux, relativement aux tiers, la société pourra être considérée comme existant encore, lorsque la conduite des associés aura empêché le public d'avoir connaissance de la dissolution (cass., 16 mai 1838; SIREY, XXXVIII, 1, 836). »

Jurisprudence. — L'acte sous seing privé par lequel est dissoute une société entre des père et mère et leur fils, a une date certaine vis-à-vis des créanciers du fils, dont ils sont les ayants cause (12 juillet 1825, Req. Bourges, Imbert. DALLOZ, XXV, 1, 361).

à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 17. *La renonciation n'est admise qu'à défaut d'un terme désigné; s'il y en a un, il faut s'y renfermer.*

Art. 18. *Si la société n'est que d'une chose particulière, le terme de la société se trouve dans la seule confection de la chose; on ne peut y renoncer par le seul effet de sa volonté.*

3e PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 940. *Il peut aussi y renoncer,*

Lorsqu'un des associés n'exécute pas les conditions de la société;

Lorsqu'il gère mal;

Lorsque, étant dans un état habituel d'infirmité, il ne peut vaquer aux opérations dont il est chargé.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 65. *Quoique la société ait été contractée pour un temps limité, l'un des associés peut, pourvu qu'il en ait un juste sujet, dissoudre la société avant le temps, lors même qu'il en résulterait préjudice pour les associés et qu'il eut été stipulé que les associés ne pourraient se désister de la société avant le temps.*

Art. 66. *Il y a juste sujet, pour un associé, de dissoudre la société avant le terme convenu, lorsqu'un ou plusieurs autres associés manquent à leurs engagements, lorsqu'une infirmité l'empêche de vaquer aux affaires de la société qui exigent sa présence ou ses soins personnels.*

La légitimité de ces causes et autres semblables dépend des circonstances, et est, en cas de contestation, laissée à la prudence des arbitres et des juges (*a*).

Art. 67. *La renonciation d'un associé à la société n'en opère, dans aucun cas, la dissolution, qu'autant qu'elle a été notifiée à tous les associés.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 42. *La dissolution des sociétés à terme ne peut être demandée par l'un des associés avant le terme convenu, qu'autant qu'il y en a de justes motifs, comme lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, ou qu'une infirmité habituelle le rend impropre aux affaires de la société, ou autres cas semblables, dont la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage des juges.*

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — Art. 66 du projet. Le caractère fâcheux d'un associé a toujours été compté parmi les causes légitimes d'une demande en dissolution de société.

(*b*) MOTIFS.

TREILHARD : « Elle ne doit pas finir plus tôt, à moins toutefois que l'un des associés n'eût un juste motif d'en provoquer le terme, comme, par exemple, si le coassocié n'exécutait pas les conditions du contrat; la société repose sur la bonne foi, et celui qui viole ses engagements ne peut pas retenir un autre sous des liens qu'il a brisés lui-même. »

SOURCES.

Leg. 14, 15, 16, D. *Pro socio.* — POTHIER. *Société*, n° 152.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1745. Conf. à l'art. 1871, C. F.
Louisiane. — Voy. art. 1869.
Sardaigne. — 1894. Conf. à l'art. 1871, C. F.
Canton de Vaud. — 1345. Conf. à l'art. 1871, C. F.
Hollande. — 1681. Id.
Haïti. — 1640. Id.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

983. Tout contrat est résoluble pour inexécution des conditions qui ont présidé à sa formation; c'est une règle de bonne foi, qui doit dominer surtout dans la société, où la bonne foi est si essentielle. Peu importe donc que les associés se soient engagés dans les liens d'une société à laquelle ils ont assigné un terme fixe. Il leur est permis de devancer ce terme, quand il y a eu, de la part de l'un des associés, de justes sujets de plainte.

Ce mode de dissolution n'a rien de commun avec

celui dont le législateur a traité dans les deux articles précédents; là, c'était une volonté arbitraire qui pouvait rompre la société; ici, on n'a égard qu'à une volonté basée sur des motifs puissants dont le juge est appréciateur.

Mais il ne faut pas l'oublier, ces raisons doivent être envisagées du point de vue spécial auquel la société est placée (1). Ce contrat diffère des autres en ce qu'il repose sur une suite de rapports intimes, dont la confiance et l'esprit de confraternité sont l'aliment. C'est ce trait remarquable de la société que Papinien signalait par cette belle expression : « *voluntarium consortium* (2). » Les juges devront donc avoir égard aux changements qui briseront cette harmonie nécessaire pour la prospérité de la société. Ils prendront en considération des habitudes personnelles, des dispositions de caractère dont l'influence, nulle dans d'autres contrats, est si grande dans ce mariage des intérêts civils et commerciaux (3).

984. Donc, les causes qui peuvent déterminer la résolution d'une société avant le terme sont nécessairement très-nombreuses et très-difficiles à préciser dans une complète énumération. Aussi l'article 1871 ne l'a-t-il pas tenté. Il énonce quelques cas par forme d'exemple, et, pour le surplus, il s'en rapporte à la sagesse du juge.

984 2° (4).

984 3° (5).

985. Le plus saillant et le plus grave de tous, c'est l'inexécution des engagements contractés. On trouve ce principe de dissolution dans tous les contrats synallagmatiques; la loi l'y sous-entend (6).

L'inexécution peut être volontaire ou involontaire.

986. On voit journellement des exemples d'inexécution volontaire, lorsque le gérant administre avec légèreté et imprudence les affaires de la société (7). Il avait promis cependant la diligence du père de famille attentif!

987. Quelquefois aussi, c'est un associé qui a promis un apport, et qui ne le réalise pas. Supposons qu'une société industrielle se soit formée pour la fabrication de la poterie. Un individu a été admis dans cette société à cause de son industrie, qui consistait à donner aux produits plus de solidité, de résistance et de poli. Mais il arrive que cet individu s'est vanté d'un talent qu'il n'avait pas. Ce manquement à des promesses si essentielles pour la société en entraînera la dissolution.

988. Il serait inutile d'insister sur d'autres exemples; mais ce qu'il ne faut pas perdre de vue, c'est que celui qui, par sa faute ou sa mauvaise volonté, ne tient pas son engagement et met la société dans la nécessité de se dissoudre, est passible de dommages et intérêts.

989. Du reste, le droit de demander la dissolution ne compète pas à l'associé réfractaire : c'est à la société qu'il appartient de voir s'il lui convient de se dissoudre, ou bien de continuer ses opérations après avoir vaincu une résistance illégale (8). Mais l'associé qui a commis une faute ne peut pas s'en prévaloir pour obliger la société à se dissoudre contre son gré (9).

990. A cette règle, la cour de Lyon a pensé qu'il fallait apporter une exception dans le cas où l'apport consiste dans une obligation de faire (10). Par un arrêt motivé avec soin, elle a décidé que l'associé engagé dans une société collective à terme, et qui lui a promis son action et son industrie, peut demander la dissolution; qu'elle doit même être prononcée nécessairement et hors de toute contestation, sous la réserve des dommages et intérêts dont cet associé peut être passible pour le tort qu'il cause à la société par sa retraite. La cour a bien vu que cette décision avait pour résultat d'introduire dans une société à terme la dissolution par la volonté d'un seul, que notre article déclare incompatible avec les sociétés d'une durée limitée; mais elle ne s'est pas effrayée de cette scission avec l'article 1871; elle pense que cet article n'est applicable qu'aux « sociétés dont la maintenue ne tient « pas à un travail personnel, à une action quelconque de ses associés, » qu'il ne concerne pas les sociétés dans lesquelles se rencontre *l'obligation de faire* ou *de ne pas faire*. Celles-ci sont régies, non par l'article 1871, mais par l'article 1142 du code civil qui résout en dommages et intérêts l'obligation dont il s'agit et sanctionne la règle fameuse *nemo potest præcisè cogi ad factum*.

Cet arrêt a excité un soulèvement universel et mérité parmi les critiques (11). Il ne saurait être trop sé-

(1) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 488, avaient dit dans le même sens : « En donnant ainsi aux associés le droit de demander la dissolution pour de *justes motifs*, le législateur n'a pas entendu que ces motifs seraient seulement des causes de nullité ou rescision applicables aux conventions en général, aux termes des articles 1109 et suivants; mais il a voulu admettre d'autres motifs de résolution, particuliers au contrat de société; car autrement la disposition de cet article 1871 serait insignifiante et inutile. »

(2) L. 52, § 8, D. *Pro socio*; *suprà*, n° 3, 10

(3) **Add.** Les annotateurs de ZACHARIÆ, § 384, disent : « On ne peut renoncer d'avance à la faculté de demander la dissolution de la société *ex justâ causâ* (l. 14, D. *Pro socio*, 17, 2). » Op. conf. de DALLOZ, n° 22.

(4) **Add.** *Il est prudent de demander la résolution en justice.* — DALLOZ, *Société*, chap. I, sect. IV, n° 23, dit à ce sujet : « Lorsque la renonciation peut être sujette à quelque contestation, il est de la prudence de l'associé qui l'a faite, d'assigner ses coassociés pour statuer sur sa validité; car il supporterait sa part des pertes que la société éprouverait depuis sa renonciation, si les autres associés faisaient juger cette renonciation intempestive, tandis qu'il ne participerait pas aux bénéfices acquis depuis la même époque, si, comme il arriverait toujours dans ce cas, la validité de la renonciation n'était pas contestée par ses coassociés : *Ante tempus renuntiando, socium à se, non se à socio liberat* (l. 65, § 6). »

(5) **Add.** *Les créanciers d'un associé peuvent-ils demander la dissolution?* — On lit dans le *Dict. général* par ARMAND DALLOZ : « Il a été jugé (mais à tort, ce semble), que les créanciers d'un individu qui a contracté une société à terme peuvent demander sa dissolution et le partage des biens qui la composent, quoique ce terme ne soit pas encore arrivé (11 janvier 1810. Besançon, Dormay. DALLOZ, VII, 736; DALLOZ, II, 141). »

(6) Mon *Comm. de la Vente*, n° 820 et *passim.*; art. 1184 du code civil; FELICIUS, cap. XXXV, n° 18.

(7) *Suprà*, n° 687; ULPIEN, l. 14, D. *Pro socio*; POTHIER, n° 152.

(8) Art. 1184.

(9) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN; de DUVERGIER.

(10) Arrêt du 18 mai 1832 (DALLOZ, *Société*, p. 121; SIREY, XXIV, 2, 221). HORSON le rapporte tout au long pour le combattre ensuite, p. 82 et suiv.

Add. Il est aussi combattu par PERSIL, p. 346.

VINCENS, t. II, p. 295, paraît adopter la doctrine de cet arrêt lorsqu'il dit : « Cependant toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts de la part du débiteur de l'obligation. C'est en ce sens qu'on dit que nul n'est associé par force; en se soumettant à payer les dommages, chacun peut se retirer. »

(11) HORSON, *loc. cit.*; PERSIL fils, p. 346; DUVERGIER, n° 449.

vèrement repoussé, car il contient la double violation de l'article 1871 et de l'article 1142.

L'art. 1871 est général ; il ne veut pas que la volonté d'un seul, et surtout une volonté frauduleuse, fasse évanouir une société à terme.

L'article 1142 n'a pas été saisi par la cour royale dans son véritable esprit. Il ne signifie pas qu'un débiteur pourra prendre l'initiative d'une demande en résolution de l'obligation de faire, et dire effrontément à ses juges : « Je ne veux pas remplir mon obli- « gation ; *stat pro ratione voluntas*. Déclarez-moi « donc délié ; puis condamnez-moi, si vous voulez, « à des dommages et intérêts. » Ce langage cynique est indigne d'être écouté. Ce qu'a voulu l'article 1142, c'est qu'on n'appréhendât pas un débiteur au corps pour l'obliger *manu militari* à faire ce qu'il refuse de faire. Mais il a voulu en même temps qu'on le condamnât à tant par jour de dommages et intérêts, jusqu'à ce qu'il satisfît à son obligation. Si on ne peut être contraint *précisément* à faire, on peut y être contraint indirectement (1).

991. Au lieu d'être volontaire et dolosive, l'inexécution peut être involontaire. La chose promise peut périr par force majeure avant la livraison (2) : une infirmité habituelle, une absence prolongée (3), peuvent rendre inhabile ou inutile l'associé dont l'industrie personnelle était indispensable à la société (4).

Celui qui dirigeait la société par sa prudence, et la faisait prospérer par sa capacité, peut être frappé d'aliénation mentale et interdit (5).

Ou bien un associé est atteint dans sa fortune par des revers imprévus ; il est réduit à l'état de faillite ou de déconfiture (6) et ne peut plus faire face à ses obligations.

Tous ces empêchements et autres semblables sont autant de cas de dissolution. Mais, ici, la résolution du contrat n'est pas accompagnée de dommages et intérêts (7).

992. Il est même remarquable que l'associé, victime de l'événement imprévu qui le réduit à l'impuissance, peut, lorsqu'il y a intérêt, demander la dissolution contre le gré de ses associés. Ainsi, un associé gérant, retenu prisonnier par les pirates, serait reçu à provoquer la dissolution de la société dans l'administration de laquelle il ne pourrait être convenablement remplacé (8), parce qu'il y était *valdè idoneus* (9).

993. L'union fait la force ; mais la discorde ruine les meilleures entreprises. La discorde entre associés est donc une cause grave de dissolution (10). Celui qui

---

(1) **Add.** DUVERGIER, n° 449, dit sur cet arrêt : « Cette décision donne évidemment à l'article 1142 un sens absolu qu'il n'a pas ; elle convertit en obligation ce qui est seulement une faculté pour le créancier ; elle fait résulter une sorte de droit pour le débiteur, de son infraction à la loi du contrat.

« Si les associés pensent que la cessation de la société leur causerait un préjudice tel, que les dommages-intérêts prononcés contre leur coassocié ne les indemniseraient jamais complétement, ils sont les maîtres de renoncer à leur droit ; ils sont bien libres de consentir à la continuation de la société, en demandant seulement la réparation de la perte que leur cause le défaut de concours.

« Tous les jours les tribunaux prononcent contre celui qui refuse de faire ce qui est ordonné par eux, des condamnations au payement d'une somme par chaque jour de retard ; ils pourront également décider que l'associé qui ne veut pas accomplir ses obligations devra les exécuter, et que, faute par lui de le faire, pour le punir de son inaction et dédommager la société, il payera chaque jour une somme déterminée. »

Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 491 : « En effet, disent-ils, s'il y avait pour les autres associés nécessité de demander la dissolution, ou de souffrir l'inexécution, celui qui voudrait se soustraire à l'obligation de rester en société en serait toujours maître, puisque, pour y parvenir, il n'aurait qu'à ne pas satisfaire à ses engagements envers la société. »

(2) Art. 1867 *suprà*.

(3) L. 16, D. *Pro socio* ; FELICIUS, cap. XXXV, n° 34.

(4) Art. 1871. Voyez *suprà*, n° 947, les distinctions que ceci comporte.

Add. DUVERGIER dit, nos 447, 448 : « On peut citer comme exemple d'une infraction involontaire, et qui cependant soumet celui à qui elle est reprochée à indemniser ses coassociés du préjudice que leur cause la dissolution, le cas où un associé a commis un délit, par suite duquel il est condamné à un long emprisonnement, qui lui ôte le pouvoir de s'occuper des affaires communes.

« Lorsque ce n'est pas précisément en considération du travail personnel d'un associé que la société a été formée, il peut, quoiqu'il soit empêché même par sa faute de fournir son industrie, repousser la demande en dissolution, en offrant de se faire remplacer par une personne ayant l'aptitude convenable. Dans ce cas, il ne manque pas à ses engagements, car il n'a pas promis de travailler lui-même. »

Op. conf. de POTHIER, n° 142 ; de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 492, où ils disent : « Il en est de même à l'égard de l'associé en nom collectif, lorsqu'il n'a aucun travail personnel à fournir à la société, ou, lorsqu'il a la faculté de se faire suppléer par un tiers, s'il offre, dans ce cas, de se faire remplacer. »

Ces mêmes auteurs disent à l'égard de l'*infirmité* habituelle : « Cette cause est fondée sur deux motifs : le premier, que cet associé ne peut plus dès lors remplir ses engagements, et, en ce sens, il rentre dans la première cause de dissolution énoncée dans l'art. 1871 ; et le second, que le but que l'on s'est proposé par le contrat ne peut plus être atteint. Dans ce cas, la dissolution a lieu par application de la maxime de droit : *cessante causâ cessat effectus*. »

(5) *Suprà*, n° 905, et art. 1855.

(6) Idem.

(7) **Add.** PARDESSUS, n° 1067, donne d'autres exemples : « L'interdiction prononcée contre l'un des associés, dit-il, est pour son tuteur un motif de provoquer une liquidation qui le mette hors d'intérêt. Des raisons d'analogie nous portent à croire qu'il faudrait assimiler à ces cas celui où un associé qui a promis ses soins serait enlevé à ses affaires, par la nécessité du service militaire, comme nous l'avons déjà dit relativement à l'apprentissage. Il y aurait une sorte d'extinction de sa mise, une force majeure qui ne libère pas moins le débiteur d'une obligation de faire, que celui d'une obligation de livrer.

« Ce serait encore un cas de retraite légitime, que celui où un associé ne voudrait pas effectuer l'augmentation de mise votée par la majorité et non prévue par l'acte social : on suivrait à cet égard les règles que nous avons données, nos 995 et suiv.

« L'événement d'une condition résolutoire prévue par le contrat, peut aussi fonder la demande en dissolution de société ; c'est aux arbitres à décider, d'après les termes du contrat, si cet événement est arrivé, et quels doivent en être les effets. »

Jurisprudence. — Le refus illégal d'admettre un actionnaire à l'assemblée générale des associés, constitue pour cet actionnaire un juste motif de demander sa retraite de la société, avec remboursement de ses apports (3 janvier 1839. Paris, Marsuzi de Aguirre. DALLOZ, XLI, 2, 180).

(8) ULPIEN, l. 16, D. *Pro socio*.

(9) *Ibid.*

Add. Avant de citer cette loi romaine, DUVERGIER disait, n° 451 : « Ainsi, une infirmité qui l'empêcherait de concourir à l'administration et d'exercer sa surveillance sur les opérations de ses associés, justifierait la résistance qu'il opposerait à la continuation. »

(10) ULPIEN, l. 14, D. *Pro socio*. Il dit : « *Socius injuriosus vel damnosus*. » FELICIUS, cap. XXXV, nos 32, 39, 63, dit : « *Socius rixosus*. »

trouble la société par ses tracasseries et ses disputes est un embarras qui oblige à se séparer.

Trois particuliers, Bulla, Bartolomeo et Scarioni avaient pris à ferme, pour quatorze ans, les droits d'octroi imposés sur les foins, pailles et vins. Des discussions s'élevèrent entre eux; elles devinrent si ardentes, qu'elles compromirent l'existence de la société. Bulla et Bartolomeo en demandèrent la licitation ou le partage. Scarioni s'y opposait, soutenant qu'une société formée à temps ne pouvait se dissoudre que par l'expiration du terme (1), surtout une société pour le recouvrement des impôts, qui intéresse l'État. Mais Bulla et Bartolomeo insistaient sur le caractère disputeur de Scarioni, et prétendaient que c'était une cause de dissolution (2). Deluca ne nous fait pas connaître la décision; mais il écrivit en faveur du système de la licitation (3), et il faut reconnaître qu'il était l'organe des vrais principes (4).

994. Il faut en dire autant de tout ce qui ébranle la confiance qu'on avait placée dans les qualités personnelles d'un associé chargé d'une part d'action. « La « confiance mutuelle des associés dans leurs personnes « respectives, disait Treilhard, est le vrai lien du con« trat de société. »

Ainsi, l'associé qui aurait subi des condamnations (5), celui qui serait devenu joueur, prodigue, même dans ses propres affaires; celui dont l'inconduite, ignorée lors du contrat (6), mais révélée depuis, donnerait des inquiétudes sérieuses sur son administration, pourrait être actionné par ses coassociés pour voir déclarer la société dissoute (7).

994 2° (8). **994** 3° (9). **994** 4° (10).

---

(1) L. 14, D.; l. *Actione*, § *Diximus*, D. *Pro socio*.

(2) L. *Si convenerit*, 14, D. *Pro socio*; FELICIUS, cap. XXXIX, n° 63, et XXXV, n° 32; MICHALORIUS, *de fratribus*, p. 2, cap. XXXVI, n° 23.

(3) Lib. II, *de regalibus*, decis. 91.

(4) *Junge* MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 493.

Add. Où ils disent : « Mais ce motif (l'incompatibilité d'humeur) ne peut devenir une cause de dissolution que dans les sociétés en nom collectif, et ne pourrait faire prononcer la dissolution des sociétés en commandite, qu'autant qu'elle existerait entre les gérants, parce que dans ces sociétés les gérants ont seuls une part active dans la gestion. L'incompatibilité d'humeur entre les commanditaires ou les actionnaires d'une société anonyme, ne pourrait donc jamais être un juste motif pour demander la dissolution. Dans ces deux cas, la discorde entre les associés ne pourrait avoir pour effet d'arrêter ou d'entraver les opérations de la société, auxquelles les membres des sociétés anonymes et les associés commanditaires restent étrangers. Si les actionnaires des sociétés anonymes sont administrateurs, l'incompatibilité d'humeur entre eux pourrait devenir une entrave à la marche des affaires de la société; mais, dans ce cas, comme ils ne sont que mandataires révocables des associés, si l'incompatibilité d'humeur entre eux devient nuisible aux intérêts sociaux, les assemblées générales seront juges de cet inconvénient, et pourront les révoquer, si elles reconnaissent que cette désunion est préjudiciable aux intérêts de la société. Ainsi, dans ce cas, l'incompatibilité d'humeur ne pourra pas être un juste motif pour demander la dissolution, quoique la discorde existe entre des personnes chargées de gérer les affaires de la société, parce qu'il existe un autre moyen d'en éviter l'influence fâcheuse.

« La législation anglaise autorise tout associé à se retirer, pour cause d'incompatibilité d'humeur avec son coassocié; elle autorise également la retraite d'un associé, soit à cause de la timidité de son coassocié, soit à cause de son audace dans les opérations de la société. »

(5) **Add.** On lit dans DUVERGIER, n° 450 : « Ce n'est pas même seulement d'après leurs relations entre eux qu'il convient d'apprécier la moralité des associés; des actes étrangers aux affaires sociales, qui seraient de nature à enlever à l'un d'eux la considération dont il jouissait au moment de la formation de la société, pourraient justifier une demande en dissolution. Qui voudrait condamner des hommes d'honneur au supplice d'un contact perpétuel avec un homme justement flétri par des condamnations judiciaires, ou par l'opinion publique? La gravité des faits, la nature et la fréquence des rapports qu'exige le caractère particulier de la société, seront pesés par les magistrats; et s'ils jugent que le lien social est devenu insupportable par la faute de l'un de ceux qui l'ont formé, ils le rompront. »

(6) FELICIUS, cap. XXXV, n° 33.

(7) FELICIUS, cap. XXXV, n° 30; SIREY, XXIV, 2, 34; DUVERGIER, n° 450; MALEPEYRE et JOURDAIN, nos 495 et suiv.

Add. DUVERGIER ajoute, n° 450 : « Si, par exemple, il commet des fautes multipliées; à plus forte raison, s'il se rend coupable de malversation, on a droit de demander contre lui la dissolution. Il avait virtuellement promis d'être habile et honnête : il manque à son obligation, ses coassociés sont dégagés. »

(8) **Add.** *La timidité ou la témérité dans les affaires peut devenir une cause de dissolution.* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 495 : « La témérité ou la timidité dans les opérations sociales, lorsqu'elles sont portées à un degré excessif, peuvent compromettre les intérêts de la société à tel point qu'il ne soit pas possible d'obliger les coassociés de celui qui se montre si timide ou si entreprenant, à rester en société avec lui pour voir s'évanouir, par suite de sa conduite, toutes les prévisions raisonnables qui avaient présidé à la formation du contrat. La timidité ou la témérité de l'associé deviendrait alors un juste motif pour demander et faire prononcer la dissolution. Les arbitres devront toutefois adopter ces causes de dissolution avec beaucoup de réserve, et seulement lorsqu'il leur sera bien démontré que les intérêts de la société sont gravement compromis. »

(9) **Add.** Quid *de l'absence de l'associé?* — MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 496, s'expriment ainsi sur la question : « L'absence sans nouvelles de l'un des associés, pourrait également devenir un juste motif pour demander la dissolution de la société, si l'associé absent était nécessaire à la gestion, à moins qu'il n'ait laissé à l'un des associés, ou à un tiers, si toutefois il avait le droit de se faire représenter par un mandataire, un pouvoir pour administrer en son lieu et place pendant son absence. En effet, l'absence d'un associé nécessaire à la gestion conduirait à l'impossibilité de continuer les opérations, et compromettrait les intérêts et même l'existence de la société. Les arbitres ne devront prononcer la dissolution, dans ce cas, qu'autant qu'il se sera écoulé un assez long délai depuis le départ de l'associé absent. »

(10) **Add.** Quid *de l'incapacité notoire?* — On lit dans MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 497 : « L'incapacité notoire de l'un des associés pour les affaires de la société peut être, pour les autres associés, un juste motif de demander la dissolution. En effet, il est évident qu'alors les intérêts de la société peuvent être gravement compromis par cette incapacité, qui peut d'ailleurs empêcher que le but de la société puisse être atteint. Cependant, pour que l'incapacité qui n'est pas survenue depuis le contrat donne lieu à une demande en dissolution, il faut que les associés aient ignoré cette incapacité au moment du contrat, et que l'aptitude aux affaires de la société, de la part de l'associé dont l'incapacité a été reconnue, ait été une condition du contrat. Ainsi, par exemple, si une société avait été formée pour un établissement de produits chimiques, que l'un des associés se fût présenté comme chimiste, et eût apporté à la société son industrie, et les autres des capitaux, il est évident que si, lors de la mise en activité de la société, on reconnaît que cet associé n'a aucune connaissance en chimie, il y aura juste motif pour demander la dissolution; car alors le but de la société ne pourra pas être atteint. Dans l'exemple que nous citons, il y aura une raison de plus qui rentre dans une autre espèce de causes de dissolution, à savoir, l'inaccomplissement de ses obligations de la part d'un des associés. En effet, l'associé n'ayant apporté que son industrie, s'il est reconnu incapable, s'il est constant que son industrie est nulle, il ne réalisera pas son apport, et manquera ainsi à ses engagements. On devrait décider d'après les mêmes principes, lors même que l'associé reconnu incapable aurait fait, d'ailleurs, une mise de

994 5° (1). **994** 6° (2).

995. Nous ne poursuivrons pas ces détails plus loin. Bornons-nous à dire que tout incident grave, qui met les parties hors des conditions essentielles qui avaient présidé au contrat, rentre dans le cas de l'article 1871.

Art. 1872. Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, et les obligations qui en résultent entre les cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés (c).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

1er PROJET DE CAMBACÉRÈS. — Art. 19. *La dissolution de la société donne ouverture au partage; si elle a été utile, chacun prélève sa mise de fonds et se divise les bénéfices.*

Si elle a été onéreuse, la perte se règle ainsi qu'il est porté en l'art. 4.

Art. 20. *Les clauses et arrangements qui se trouvent dans l'acte de partage ne changent rien au droit des tiers.*

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 68. *Les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage et les obligations qui en résultent entre les héritiers, s'appliquent aux associés* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 43. Conf. à l'art. 1872.

Mais le projet ajoutait : « *Sauf l'action en rescision pour cause de lésion, laquelle n'est point accordée à ces derniers* (b). »

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 68. Expliquer si l'action en rescision aura lieu à raison du partage qui n'aurait pour objet que des marchandises, des dettes actives ou des effets mobiliers.

Ou seulement à raison du partage des immeubles, ou enfin à l'égard de celui qui comprendrait en même temps des immeubles et des marchandises.

(b) OBSERVATIONS DU TRIBUNAT.

Si l'admission de l'action en restitution contre tout partage en général et contre les ventes a d'assez graves inconvénients, ils sont absolument les mêmes, et dans le cas du partage d'une succession et dans celui du partage d'une société. Mais ce qui importe essentiellement à la perfection du code civil, c'est de tenir invariablement aux principes qu'il a consacrés; et loin de pouvoir assigner de fortes raisons de différence pour admettre la rescision contre un partage de succession, et la rejeter contre celui d'une société, l'action n'est que plus favorable dans le deuxième cas, puisque l'égalité, qui est l'âme de tout partage, appartient plus particulièrement encore à celui d'une société dont elle constitue la nature et l'essence.

La section approuve ces amendements.

(c) MOTIFS.

TREILHARD : « Quand la société est finie, les associés procèdent à la liquidation et au partage; c'est dans leurs conventions primitives que se trouvent les règles de la contribution de chacun aux charges, et de sa part dans les bénéfices. A défaut de convention, les règles générales que nous avons établies reçoivent leur application; mais pour tout ce qui concerne les formes du partage, ses effets et les causes qui peuvent en opérer la rescision, nous avons dû renvoyer au chapitre VI du titre *des successions*, qui présente sur cette matière des dispositions auxquelles nous n'avons rien à ajouter. »

Voy. sous l'art. 1837.

Rapport par BOUTTEVILLE : « Il resterait à régler le partage des sociétés, si l'égalité, la justice déjà prescrite à des cohéritiers, ne devaient pas en quelque sorte régner plus

---

fonds, s'il était constant que la capacité pour les affaires sociales a été prise en considération pour la formation de la société. »

(1) **Add.** Quid *de la diminution du capital?* — MALEPEYRE et JOURDAIN, qui s'occupent des sociétés commerciales, enseignent ce qui suit, n°s 498, 499 : « La diminution du capital social, lorsque ce capital est réduit à un point tel qu'il est devenu évidemment insuffisant pour subvenir aux opérations de la société, est aussi un juste motif pour demander la dissolution des sociétés anonymes, lorsque l'acte de société ne permet pas expressément de faire des appels de fonds. En effet, il est impossible de forcer des associés à rester en société, lorsqu'il est évident que les affaires pour lesquelles ils se sont associés ne peuvent plus avoir lieu, et que l'obstination à les continuer ne pourrait produire d'autre résultat que de faire perdre entièrement ce qui reste du capital. Lorsque le capital est ainsi réduit, il n'y a aucun remède; car nous avons vu que, lorsque le droit de faire des appels de fonds n'est pas expressément donné par les statuts, la majorité, quelque nombreuse qu'elle soit, ne peut forcer la minorité à augmenter sa mise. Aussi avons-nous fait remarquer, au titre *Des sociétés anonymes*, que dans celles qui ont besoin d'un capital assez considérable, on exigeait, pour accorder l'autorisation, une clause prononçant la dissolution pour le cas où le capital viendrait à être réduit dans une certaine proportion.

« Il en serait de même dans les sociétés en nom collectif ou en commandite, si les gérants ne pouvaient se procurer les fonds nécessaires à la continuation des affaires sociales, par le crédit. Ces sociétés devraient être dissoutes, comme nous l'avons enseigné. »

(2) **Add.** Quid *de la révocation d'un gérant qui tient son mandat de l'acte social?* — Cette question, sur laquelle il faut consulter ce que disent TROPLONG, n° 677, et DUVERGIER (voy. ci-dessus, n° 678 3°), est ainsi résolue par MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 500 : « La révocation d'un gérant qui tient son mandat de l'acte de société, peut aussi être un juste motif de demander la dissolution. En effet, cette révocation, qui ne peut être prononcée que par un tribunal arbitral, et seulement pour des causes très-graves, privant la société du gérant ou de l'un des gérants désignés par l'acte de société, empêche que la société puisse être continuée et administrée conformément au contrat. Il faut néanmoins distinguer : ou bien chacun des associés gérants peut faire seul tous les actes d'administration de la société, ou la réunion de tous les associés est nécessaire pour faire les opérations sociales, ou bien, enfin, le gérant révoqué avait seul le droit d'administrer. Dans le premier cas, le gérant révoqué n'est pas indispensable à l'administration de la société, puisque chacun des autres peut faire seul toutes les opérations sociales, et alors il n'y a pas lieu à dissolution. Mais il n'en est pas de même dans les deux autres cas : le gérant révoqué étant indispensable pour l'administration de la société, il y aura nécessité de prononcer la dissolution, qui ne pourrait être évitée que par le consentement unanime des associés. Mais pour cela il faudrait qu'ils attribuassent aux autres gérants le droit de faire des actes d'administration de la société sans le gérant révoqué, ou si celui qui a été révoqué avait seul le droit d'administrer, qu'ils nommassent un autre gérant, d'un consentement unanime. »

souverainement encore entre des associés, et régir un contrat auquel elles semblent appartenir plus spécialement qu'à tous autres.

« La législation sur le partage des successions est donc, comme l'indique le projet, nécessairement celle du partage des sociétés. »

SOURCES.

POTHIER. *Société*, nos 161 et suiv.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1744. Conf. à l'art. 1872, C. F.
Louisiane. — 2861. Id.
Sardaigne. — 1895. Id.
Haïti. — 1641. Id.

Hollande. — 1689. Conf. à l'art. 1872, C. F.
1690 à 1730. Relatifs à des sociétés particulières à la Hollande.
Prusse. — 306. Conf. à l'art. 1872, C. F.

SOMMAIRE.

quidateur nommé, ou si la société était en faillite?
1053. Des droits des tiers contre le liquidateur, non plus pour raison de l'ancienne société, mais à raison des droits nouveaux qu'ils tiennent de lui.
1054. Suite.
1055. Du lieu où la liquidation doit être assignée.
1056. Toute cette théorie de la liquidation n'appartient pas de plein droit aux sociétés civiles.
Celles-ci sont gouvernées par l'art. 1872, qui renvoie au partage de succession.
1057. Il y a cependant quelques différences entre le partage de succession et le partage de société.
1058. Il ne faut pas importer dans la société l'article 815, relatif à la prohibition de ne pas rester dans l'indivision. Le titre *Des sociétés* a sa règle, à cet égard, dans les articles 1865, § 5, et 1869.
1059. Il faut écarter aussi l'art. 841.
1060. Suite.
1061. L'art. 882 doit aussi demeurer étranger aux sociétés.
1062. A part ces exceptions, il faut prendre pour règle le partage des successions.
1062 2°. *Si, par l'effet du partage, l'un des associés est débiteur de l'autre, de quand doit-il les intérêts.*
1062 3°. Quid si *un associé a reçu sa part entière, et qu'il y ait déficit pour les autres?*
1062 4°. *La loi* 63, D. Pro socio, *n'est pas reproduite dans le droit français.*
1063. On suit dans la société le principe que le partage est déclaratif.
1064. Conséquences de ce principe.
1065. Suite.
1066. Réfutation d'une opinion isolée, qui tendrait à arrêter la rétroactivité du partage à la dissolution de la société; l'opinion commune (et la seule vraie) est que la rétroactivité remonte à l'époque de la mise en activité.
Preuves de cette règle constante.
1067. Quoique l'apport social soit une aliénation, la loi sur l'enregistrement ne le frappe que d'un droit fixe. Mais si, par le partage, l'immeuble est attribué à un associé autre que l'ancien propriétaire, il y a lieu à payer le droit proportionnel.

COMMENTAIRE.

996. Nous venons d'épuiser les causes qui amènent la dissolution de la société.

Soit que la société finisse de plein droit, soit qu'elle s'éteigne par décision du juge ou par le consentement unanime des parties, cette crise aboutit à l'extinction de la personne civile, et alors il ne reste plus que de simples communistes et une masse indivise à partager.

L'article 1872 s'occupe de cet événement final; il nous renvoie à la législation des successions sur le partage d'une hérédité. Tout en le suivant dans ce retour sur un autre titre du code civil, nous devons parcourir les points par lesquels le partage des sociétés se singularise et mérite une attention spéciale. Nous parlerons de la nature de l'action, de la liquidation, des liquidateurs, de leur nomination, de leurs pouvoirs; des éléments du compte et de la formation de la masse; des parts et de l'effet de leur dévolution. Nous terminerons en signalant les articles du titre *Des partages de succession* que la nature des choses rend inapplicables au partage des sociétés (1).

997. Nous avons eu occasion de caractériser ailleurs l'action en partage d'une société (2). Dans le droit romain, si scrupuleux sur la dénomination des actions, on faisait une distinction fort juste entre la liquidation de la masse et la division de cette masse. La liquidation, étant le résultat des comptes que les associés avaient à se rendre les uns aux autres, des reprises de ceux-ci, des rapports de ceux-là, engageait des difficultés qui ne pouvaient être résolues que par l'action *pro socio* (3); car toute prestation personnelle d'un associé à la société, ou de la société à un associé, s'obtenait par cette action (4). Mais quand la liquidation avait fait connaître la masse partageable, c'était par l'action *communi dividundo* qu'on arrivait à la division et à l'attribution des lots (5).

Ce point a été fort savamment discuté par les meilleurs interprètes du droit romain, et il me semble parfaitement éclairci maintenant. Je ne reconnais donc pas l'exactitude ordinaire de Pothier (6) quand il enseigne que, pour obtenir le compte de partage de la société, chaque associé a, à son choix, l'action *pro socio* ou l'action *communi dividundo* (7). C'est supposer que ces deux actions sont égales; et cependant il

(1) **Add.** *Jurisprudence.* — Le survivant des associés qui, d'après une clause de l'acte de société, a le droit au décès du prémourant de conserver l'avoir social, en payant aux héritiers de ce dernier la moitié de sa valeur, ne peut plus exercer ce droit s'il a continué avec les héritiers du prémourant (Bruxelles, 29 mai 1830; J. de B., 1830, 2, 17).

— Les membres d'une société dissoute ne peuvent opposer au fils de l'associé décédé, agissant avec sa mère en liquidation et partage de la société, que ladite mère serait à son exclusion héritière du mari, celle-ci ayant pu lui céder une partie de ses droits.

L'arrêt qui a admis ainsi la présence du fils ne peut avoir contrevenu à l'art. 18 du code civil, qui défend l'association d'une tierce personne sans le consentement des coassociés, puisque, s'agissant d'une action en liquidation, la société était reconnue ne plus exister (14 janvier 1839, cass. de Belg.; Bull. 1839, p. 129).

(2) *Suprà*, n° 64.

(3) PAUL, l. 1, D. *Comm. divid.* (lib. XXIII, *Ad edict.*); ULPIEN, l. 43, D. *Pro socio*; GODEFROY sur ce texte, et CUJAS sur la loi 1 précitée.

(4) VINNIUS, VOET, FAVRE, rapportés ci-dessus, n° 64.

(5) *Suprà*, n° 64, les mêmes autorités; HEINECCIUS: « Dissolutâ societate, si quid inter socios dividendum supersit, *non « agendum est actione pro socio*, sed communi dividundo. »

(6) N° 161.

(7) DUVERGIER a commis une erreur bien plus grave, que j'ai relevée ci-dessus, n° 64. Il pense que l'action *pro socio* était le moyen spécial de partager une société, tandis que l'action *communi dividundo* était réservée au partage d'une communauté simple (voyez son n° 381). Plus loin, cependant (n° 463), il a trouvé devant lui les textes du droit romain dont il n'avait pas parlé n° 381. Mais comment ne lui ont-ils pas fait modifier ses assertions?

Add. Voici ce que DUVERGIER dit, n° 463: « Il faut reconnaître toutefois, que d'après quelques textes, l'action *communi dividundo* était donnée pour le partage des choses communes même entre associés, et que l'action *pro socio* avait plus particulièrement pour objet les prestations personnelles que les associés se doivent réciproquement.

« Nihil autem interest cum societate an sine societate res inter « aliquos communis sit: nam utroque casu locus est communi « dividundo judicio. Cum societate res communis est, veluti inter « eos qui eamdem rem emerunt; sine societate communis est; « veluti inter eos quibus eadem res testamento legata est (l. 2, « D. *Communi dividundo*). Communi dividundo judicium ideò ne- « cessarium fuit, quòd pro socio actio magis ad personales invicem « præstationes pertinet, quàm ad communium rerum divisionem « (l. 1, *d. tit.*). Les Institutes, lib. III, tit. XXVIII, *de oblig. quæ quasi ex contr. nascuntur*, § 3, semblent supposer que, pour

est certain qu'elles ne comportent pas les mêmes résultats!

998. En France, nous ne nous attachons pas à la dénomination des actions; c'est le fond qui nous préoccupe plutôt, et nous tenons que l'action en partage d'une société embrasse tout à la fois les prestations personnelles et la division et l'attribution des lots. Cette action est mixte (1); elle se porte devant le tribunal du lieu où la société était établie (2), de même que la demande en partage d'une succession, auquel l'article 1872 compare le partage d'une société, se porte devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte. Les demandes en rescision de partage et en garantie des lots sont également de la compétence du tribunal du lieu où la société était établie. C'est toujours une suite de l'assimilation que l'article 1872 établit entre le partage d'une société et le partage d'une hérédité (3).

999. Voyons maintenant ce qui concerne la liquidation.

Il est peu de sociétés dont les affaires soient tellement à jour qu'elles puissent s'arrêter sur-le-champ et procéder immédiatement à leur partage; presque toujours il y a des opérations commencées; elles réclament une suite nécessaire (4), qui fait acquérir à la société des droits nouveaux, ou qui la grève de charges postérieures à la dissolution.

La société a aussi des débiteurs solvables ou insolvables, dont la situation doit être réglée.

La société peut avoir des immeubles : il faut en fixer la valeur.

Créancière ou débitrice des associés, elle doit compter avec eux pour leurs rapports ou leurs reprises.

Tout cela demande du temps et des soins, tout cela engendre des complications : une liquidation est donc presque toujours indispensable.

1000. Logiquement, la liquidation devrait se faire par tous les associés réunis. Ils sont copropriétaires des valeurs indivises; ils ont intérêt à surveiller et à défendre leurs droits respectifs (5). Quand la bonne harmonie règne entre eux et que leur petit nombre, leur aptitude, leurs qualités personnelles permettent cette action collective, chacun est liquidateur.

Mais le moment de la dissolution d'une société est aussi le moment où les dissensions éclatent avec le plus de vivacité : plus il serait utile de s'entendre, moins des rapports pacifiques sont faciles à obtenir.

D'un autre côté, le personnel de la société est quelquefois si nombreux et tellement disséminé, qu'il n'y a pas possibilité d'agir en commun.

Enfin, des incapacités personnelles, des minorités, des absences peuvent ralentir la marche des opérations, et la hérisser de formalités de procédure dispendieuses et incommodes.

Dans le partage d'une succession, auquel il est si naturel de comparer le partage d'une société, on voit tous les jours se présenter ces difficultés provenant à la fois des personnes, des circonstances, des scrupules d'une loi trop minutieuse.

C'est cependant à cette loi que l'art. 1872 du code civil asservirait le partage des sociétés, si la volonté des associés ne savait s'en garantir!

1001. Qu'arrive-t-il dans le partage d'une succession quand tous les héritiers ne s'accordent pas, quand il y a des mineurs et des incapables?

Après l'apposition des scellés, s'il y a lieu, on va devant le tribunal du lieu de l'ouverture de la succession; celui-ci commet pour les opérations du partage un des juges, sur le rapport duquel il décide les contestations (art. 823 du code civil); une estimation des immeubles est ordonnée; des experts, choisis par les parties ou, à leur refus, nommés d'office, présentent les bases de l'opération, indiquent si l'objet estimé peut être partagé commodément et de quelle manière; fixent, en cas de division, chacune des parts qu'on pourra en former, et leur valeur (art. 824) : les meubles sont aussi estimés par gens à ce connaissant, à moins qu'il n'y ait une prisée faite dans un inventaire régulier (article 825).

Cela fait, il faut s'entendre sur le payement des dettes. Comment seront-elles acquittées? Les circonstances n'exigent-elles pas qu'on vende sur-le-champ les meubles pour les payer? ou bien ne convient-il pas mieux de donner à chacun sa part de meubles et d'immeubles avec sa part de dettes? Ces questions sont livrées au vote de la majorité (art. 826); elles donnent lieu à des discussions, souvent à des conflits qui forcent à revenir devant le tribunal. Dans tous les cas, si la vente des meubles doit avoir lieu, elle se fait publiquement dans la forme ordinaire (article 826).

Quant aux immeubles, s'ils ne peuvent se partager convenablement, on procède à la licitation devant le tribunal (art. 827). C'est assez dire avec combien de frais et de longueurs! Ce n'est qu'autant que les parties sont majeures et unanimes, qu'elles peuvent donner à la licitation des formes plus simples (article 827).

Maintenant, voilà les meubles et immeubles estimés ou vendus; une nouvelle série d'opérations va commencer. Le juge-commissaire renvoie les parties devant un notaire dont elles conviennent, sinon, nommé d'office (art. 828); c'est devant ce notaire que les parties se rendent les comptes qu'elles peuvent se devoir; c'est devant lui qu'il est procédé à la composition de la masse, c'est-à-dire, à l'état détaillé de toutes

---

qu'il y ait lieu à l'action *communi dividundo*, il faut qu'il n'y ait point société. *Si inter aliquos communis res sit sine societate.* Voy. Godefroy, ad leg. 1, D. *communi dividundo*.

« Pothier dit que les ci-devant associés ont chacun l'action *pro socio*, ou l'action *communi dividundo*, à leur choix.

(1) Inst., § 21, *de act.*; POTHIER, n° 194.

(2) Art. 59, § 6, du code de procédure civile.

(3) PIGEAU, t. I, p. 197; CARRÉ, t. I, p. 131; cassat., 16 novembre 1815 (SIREY, XVIII, 1, 82); Paris, 13 février 1808 (SIREY, VIII, 2, 1203); Douai, 18 juillet 1833 (SIREY, XXXIII, 2, 565); Aix, 13 novembre 1837 (SIREY, XXXVIII, 2, 130).

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 479.

(4) Arg. de l'art. 1868 du code civil.

(5) LOCRÉ, *Analyse raisonnée du code de commerce*, p. 26. La commission de révision dit : « La liquidation est la propriété de tous. »

Add. *Jurisprudence.* — Arrêt de la cour de cassation, du 17 août 1836 (Sirey, XXXVI, 1, 834). A la fin de la société, dit cet arrêt, les immeubles qui lui appartenaient deviennent, sauf toutes stipulations contraires, la propriété indivise et commune des anciens sociétaires. Voy. Pothier, *De la société*, n° 181.

Lorsqu'une société a été dissoute, les associés n'ont plus qualité pour agir en son nom, et nommément pour faire une déclaration de faillite.

Ce droit ne peut même appartenir à un des associés nommé liquidateur (Bruxelles, 29 décembre 1837; J. de B., 1838, p. 461).

— L'associé en nom collectif a qualité pour, à la dissolution de la société, et lorsqu'il n'a pas été nommé de liquidateur, poursuivre pour sa part, sans le concours de ses coassociés, les débiteurs de la société.

Ces derniers ne peuvent pas exiger que l'associé mette en cause ses coassociés (Gand, 1er mars 1839; J. de Br., 1839, 231).

les différentes choses dont se compose la succession : meubles, immeubles, créances, dettes passives (article 828).

Puis, on s'occupe devant le notaire de la composition des lots ; ils peuvent être faits par l'un des cohéritiers, si les parties s'entendent ; dans le cas contraire, c'est le sujet d'une contestation dont le notaire dresse procès-verbal, et pour laquelle il renvoie devant le juge-commissaire (art. 837). Ce magistrat nomme un expert qui est chargé de la formation des lots (articles 828 et 834).

Chaque héritier est admis à réclamer contre la composition des lots : c'est un sujet fréquent de tiraillements et de discorde. A chaque contestation qui s'élève dans le cours des opérations faites devant le notaire, celui-ci dresse procès-verbal, et renvoie devant le juge-commissaire (art. 837).

Enfin, les lots sont tirés au sort (art. 834), et le partage est terminé.

1002. Cette suite d'opérations et d'incidents, ces cascades du tribunal au juge-commissaire, du juge-commissaire au notaire, ces allées et ces venues perpétuelles et ruineuses, ont effrayé le commerce, qui veut surtout de la rapidité et de l'économie. Une marche si compliquée aurait eu d'ailleurs les plus grands dangers. Pendant qu'on aurait fait de la procédure, plaidé, discuté à la majorité, des créanciers se seraient présentés pour être payés au jour de l'échéance de leurs billets, et auraient fait déclarer en faillite la liquidation avec ses formes symétriques et compassées !

Les usages du commerce ont donc répudié les lenteurs du droit civil ; ils n'ont pris dans la jurisprudence sur les partages que ce qui est compatible avec les besoins commerciaux. De là la théorie du liquidateur, passée sous silence par Pothier ; de là, la coutume de nommer un ou plusieurs liquidateurs chargés de représenter les associés, munis de tous leurs pouvoirs et autorisés à poursuivre, avec toute la liberté désirable, les fins du partage. Il y a certaines affaires qui gagnent à être faites par des mandataires plutôt que par les intéressés.

1003. Frémery a très-bien fait remarquer (1) que l'usage des liquidateurs ne date que du dix-huitième siècle. On n'en trouve pas de traces antérieures dans les monuments du droit commercial (2). Aujourd'hui, il est si fréquent, que quelques personnes se sont persuadées, sur le fondement de l'article 64 du code de commerce, qu'un liquidateur nommé est nécessaire dans toute société de commerce. C'est une erreur. Le choix d'un ou plusieurs liquidateurs est facultatif. S'il n'y a pas de liquidateurs nommés, la liquidation appartient à tous. On peut même convenir qu'il n'y aura pas de liquidation préalable au partage, et que la division se fera sur les créances, les capitaux, les dettes, dans l'état où ces choses se trouveront au moment de la liquidation (3). Mais cette convention serait pleine d'inconvénients dans la plupart des sociétés commerciales : aussi l'usage constant est-il de faire précéder le partage d'une liquidation.

1004. L'état d'une société de commerce pendant sa liquidation présente de singulières anomalies. Cette société est dissoute ; mais, dans l'usage du commerce, elle est censée subsister encore pour se liquider. Elle a pris fin pour commercer, pour agir et entreprendre ; il semble qu'elle se prolonge en quelque sorte pour régler le passé et mettre ordre à ses affaires. C'est cette idée qu'exprime la formule usitée dans les circulaires des négociants : *La société ne subsiste plus que pour sa liquidation* (4).

On a souvent dit que lorsque est arrivé l'événement qui rompt la société, il ne reste rien de la personne civile, il n'y a plus que des communistes. Cette proposition est vraie en principe. Notre article en est la preuve ; et si l'on objectait qu'il a été fait pour régir les sociétés civiles plutôt que les sociétés de commerce, je répondrais par l'article 529 du code civil, qui fait cesser, à la dissolution de la société, la fiction d'après laquelle l'action est réputée meuble, lors même que l'actif social comprend des valeurs immobilières. Cette disposition est bien la preuve que, dans la pensée du législateur, la communauté prend la place de la société dissoute.

1005. Cependant, il faut reconnaître que le commerce, plus soigneux de ses intérêts que de la subtilité du droit, a fait fléchir, à certains égards, cette vérité ; et, en étudiant ses pratiques constantes, on est forcé d'admettre quelques exceptions à la règle : que la société dissoute se gouverne comme une communauté de copropriétaires.

Ainsi, par exemple, qu'il y ait des mineurs parmi les associés d'une société de commerce, ou qu'il n'y en ait pas, on n'appose pas les scellés sur les effets de la société (5), ainsi qu'on le fait pour le partage d'une succession indivise. Avec l'obligation d'apposer les scellés, comment aurait-on payé les créanciers qui se seraient présentés avec leurs titres à jour ? Il aurait donc fallu, pour l'honneur des principes, laisser mettre la liquidation en faillite ? Non ! et c'est pourquoi on prolonge, pour ce cas, la fiction de la personne civile ; on suppose que c'est plutôt la société qui possède, que les associés ; on écarte l'embarras des mineurs de l'art. 819 du code civil.

1006. Ce n'est pas tout. Lorsque la liquidation vend un immeuble de la société, on n'a jamais prétendu que l'acquéreur fût tenu de purger sur chacun des associés. Comment serait-ce possible dans les sociétés par actions (6) ? Il le faudrait cependant s'ils n'étaient que des communistes.

1007. De même, si un mineur est intéressé dans la liquidation d'une société de commerce, il n'est pas moins certain que le partage ne doit pas être judi-

---

(1) *Études*, p. 67, 68.

Add. Voy. ci-après, n° 1012, à la note.

(2) Voyez les formules de Savary. Il garde le silence à cet égard.

(3) **Add.** C'est ce qui fait dire à Malepeyre et Jourdain, n° 547 : « Nous devons néanmoins faire observer que cette nécessité de faire précéder le partage d'une liquidation n'est point tellement absolue qu'on ne puisse convenir qu'il n'y aura pas de liquidation, et que l'actif liquide, comme les créances et les capitaux engagés dans des opérations commencées, ainsi que le passif, seront partagés dans l'état où ils se trouveront au moment de la dissolution. Quelque désavantageux que pût être ce mode de partage, il devrait recevoir son exécution entre les associés, sauf les droits que conserveraient les tiers d'agir contre tous les associés collectivement, tant qu'ils n'auraient pas accepté l'un d'eux pour seul débiteur. »

(4) Frémery, p. 69, note.

Add. *Jurisprudence.* — Une société, bien que dissoute par une cause quelconque, n'en continue pas moins d'exister tant que la liquidation n'a pas été effectuée. La dissolution doit s'entendre dans ce sens qu'elle ne peut pas entreprendre de nouvelles opérations (cour d'appel de Liége, 1842, p. 321).

— Ainsi une société commerciale, quoique dissoute par la mort de l'un des associés, peut être assignée en la maison sociale en exécution d'obligation (cour d'appel de Liége, 1842, p. 321).

(5) Vincens, p. 365.

(6) Frémery, *loc. cit.*

Add. Il ajoute : « Cette intelligence du droit semble tout à fait

ciaire, nonobstant les articles 1872 et 838 combinés du code civil (1). Un magistrat (2), annotateur de Vincens, s'est étonné de cet usage, et a conseillé de ne pas s'y confier. C'est que, dans sa logique, cet écrivain a cru que les usages du commerce devaient rentrer sous le niveau commun, tandis que ce sont, au contraire, ces usages, qui forcent le droit commun à des concessions. Il n'a pas vu que, d'après la coutume commerciale, des exceptions ont été introduites à la transformation de la société en communauté, et que, par une fiction destinée à hâter les opérations de la liquidation, à en simplifier les rouages, c'est la société, plutôt que les individus dont elle est composée, qui procède ici par continuation, sous le mandat du liquidateur.

1008. Cette vérité n'est pas inconciliable avec un arrêt de la cour de Rouen du 26 juin 1800 (3), qui a décidé que lorsqu'un des associés décédé laisse des enfants mineurs, la licitation des immeubles et objets mobiliers servant à l'établissement social doit avoir lieu d'après les formes prescrites par le code pour l'aliénation des biens des mineurs; et cela, encore bien que les associés fussent convenus qu'en cas de dissolution de la société ces objets seraient licités entre eux et en un seul lot (4). Il est à remarquer, en fait, que la clause convenue écartait les étrangers, qu'elle pouvait empêcher de porter l'immeuble à sa vraie valeur; que, de plus, elle brisait l'égalité entre les associés, puisque les majeurs seuls avaient la plénitude du privilége du surenchérir, tandis que le mineur, à raison de son âge, ne pouvait en profiter. Cette dernière considération fut celle qui frappa surtout la cour royale. Son arrêt est motivé sur l'inégalité d'avantages entre le mineur et les autres associés, et sur l'impossibilité d'étendre, par simple interprétation, la clause en question hors du cas où tous les associés seraient majeurs.

Du reste, l'arrêt reconnaît expressément le droit de déroger aux articles 457, 458, 459, 460, 839, 168, 1687 du code civil, par une stipulation expresse et évidente.

Il est donc certain que si un liquidateur, sans s'astreindre minutieusement aux formalités d'une licitation judiciaire, avait vendu avec toutes les garanties de publicité, de concurrence, on ne serait pas fondé à lui faire un reproche d'avoir évité des formes dispendieuses.

1009. Quant au rôle du liquidateur, il n'est pas difficile à déterminer, et l'on a peine à comprendre les débats qui se sont élevés à ce sujet. C'est un mandataire (5), et rien de plus. Il est chargé de régler ce qui est incertain, de débrouiller ce qui est obscur, de conclure ce qui n'est pas fini; en un mot, de dégager l'actif du passif. Son mandat est celui d'un mandataire général pour une certaine affaire; il ne peut le dépasser, à moins que des clauses expresses et des pouvoirs particuliers n'en étendent le cercle (6).

1010. On a dit : « Le liquidateur n'est pas présumé avoir moins de droits que la société même; il « est la société tout entière (7). » Cette proposition, trop absolue, a été la source de nombreuses méprises. Il n'est pas vrai que le liquidateur résume en sa personne les pouvoirs de la société dissoute; il n'a ni les mêmes droits que la société, ni les mêmes droits que les gérants de la société. La société s'était instituée pour faire le commerce; les liquidateurs ne font qu'apurer le commerce commencé et ses suites. Les gérants pouvaient se livrer à l'ensemble des actes que comporte l'administration d'un négoce en pleine activité et s'alimentant par un enchaînement d'opérations successives; le liquidateur ne peut que finir ce qui est commencé; il n'a pas le droit d'entreprendre. Et, par exemple, les gérants doivent acheter pour revendre, quand c'est là la fonction de la société; le liquidateur peut vendre ce qui existe en magasin, mais il ne peut acheter pour revendre encore. Ce ne serait pas liquider un commerce fini, ce serait activer un commerce existant (8).

---

juste, car la dissolution ne s'opère que par la volonté des associés; ils sont donc maîtres de rompre seulement une partie des liens qui les unissent. On peut n'arriver que par degrés à une complète dissolution. »

(1) VINCENS, p. 365.

(2) LEGOUX, ancien procureur général à la cour royale de Paris.

Add. Voici son opinion : « Ce n'est qu'à raison des contestations auxquelles peuvent donner lieu le partage et la liquidation, qu'on peut, nonobstant l'intérêt d'un mineur, réclamer les usages du commerce et échapper aux formes dispendieuses indiquées par l'art. 1872 du code civil, pour se placer sous le régime des art. 51 et suiv. du code de commerce. Mais si l'on suppose qu'il n'y ait plus rien de contentieux dans le partage, et que tout se réduise en quelque sorte au matériel de la chose, alors n'y ayant plus rien là de spécial au commerce, on rentre sous l'empire du droit commun, et des formes beaucoup trop minutieuses, il est vrai, qu'il a prescrites. En voulant éviter l'une et l'autre législation pour procéder à l'amiable, comme entre majeurs, on ne fera plus qu'un partage provisionnel à l'égard des mineurs; et, de ce que d'ordinaire ils ne se plaignent pas, il ne faut pas en conclure qu'ils ne le feront jamais, et encore moins qu'ils ne le pourront faire. » Op. conf. de DURANTON, n° 478.

(3) DALLOZ, *Société*, p. 98, n° 2.

(4) VINCENS émet une opinion conforme, quoiqu'il ne cite pas cet arrêt, p. 364, n° 4.

(5) Cass., 15 janvier 1812; DALLOZ, t. 1, v° *Arbitrage*, p. 621; SIREY, XII, 1, 121, et collect. nouvelle de DEVILLENEUVE, t. IV, p. 7. Voyez, au surplus, au retour sur ceci, *infrà*, n° 1040.

(6) **Add.** DUVERGIER dit, n° 465 : « Il ne s'agit pas pour les liquidateurs, comme pour les administrateurs de la société, de procurer des bénéfices en faisant de bonnes opérations; c'est à terminer celles qui sont commencées qu'ils doivent s'attacher; et l'on peut dire en général que tous les actes propres à atteindre ce but n'excèdent pas les bornes de leur capacité. Il ne faut pas, au surplus, que le désir de finir ce qui est entamé les préoccupe trop vivement; si une brusque conclusion est de nature à nuire à la communauté, non-seulement les liquidateurs peuvent, mais ils doivent continuer les opérations. »

(7) PARDESSUS.

(8) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n°s 521 et 522, où ils disent : « Néanmoins, si une opération nouvelle était absolument nécessaire pour mettre fin à celles qui étaient déjà commencées au moment de la dissolution, ils pourront le faire, parce que, dès qu'elle est un moyen nécessaire pour terminer une opération commencée, elle rentre dans les actes de liquidation.

Quant à l'obligation d'achever les opérations entamées, DUVERGIER dit, n° 466 : « Quelquefois même il n'y a pas d'hésitation possible. Lorsque la société a contracté envers des tiers des engagements pour un certain temps; soit que les associés se partagent l'actif; soit qu'ils le laissent indivis, ils sont tenus d'accomplir les obligations qu'ils ont contractées. La dissolution de la société est un fait étranger aux tiers et qui ne peut modifier leur droit contre les associés. »

Voici comment DOMAT s'exprime à ce sujet :

» Tout ce qui a été dit en divers endroits de ce titre sur la « dissolution de la société, soit par la mort d'un associé ou par « la volonté des associés, et sur la manière dont les engagements « des associés passent ou ne passent point à leurs héritiers, ne « doit pas s'entendre indistinctement des sociétés où des per« sonnes tierces sont intéressées, comme sont les sociétés des fer« miers, ou des entrepreneurs de quelque ouvrage. Car, il faut

1011. Ces observations montrent l'exagération, bien plus incroyable encore, de ceux qui ont cru que non-seulement le liquidateur a le pouvoir des gérants, mais même que ce pouvoir, loin de souffrir une diminution, reçoit *un accroissement marqué en la personne de l'associé liquidateur* (1)! La vérité est que le mandat du liquidateur n'a pas le même but et n'engendre pas les mêmes droits que le mandat d'un gérant; son nom dit assez haut dans quelles fonctions il doit se renfermer. Tout ce qui ne rentre pas dans la liquidation, proprement dite, lui est interdit.

1012. Par là se résoudra facilement une question qui fut vivement agitée en 1826; il s'agissait de savoir si le liquidateur peut obliger les anciens associés par la souscription ou l'endossement d'effets de commerce.

La négative est claire; le liquidateur est chargé de payer les dettes existantes, mais non pas d'en contracter de nouvelles (2). Emprunter, c'est commencer une opération; sous un autre point de vue, c'est déplacer le passif, l'augmenter même très-souvent; ce n'est pas le liquider. Quand une dette est arrivée à échéance et qu'il n'y a pas de valeurs suffisantes pour l'acquitter, le liquidateur n'a qu'une chose à faire, c'est d'avertir les associés pour qu'ils avisent à leur libération. S'ils ne payent pas, les créanciers les poursuivent; mais le liquidateur n'est pas chargé de s'interposer pour prévenir ce résultat (3).

Or, souscrire des effets de commerce ou les endosser pour se procurer l'argent qu'on n'a pas, c'est emprunter. Donc, les anciens associés ne sont pas responsables de pareils actes. Le mandat qu'ils ont donné a été dépassé; les tiers qui ont traité avec le liquidateur ont dû savoir qu'il n'avait pas qualité, et qu'il ne pouvait obliger que lui-même par un emprunt (4).

« distinguer, dans ces sortes de sociétés, deux engagements : l'un, « des associés entre eux, et l'autre, de tous les associés envers la « personne de qui ils prennent ou une ferme ou quelque chose « à faire. Et comme ce dernier engagement passe aux héritiers « des associés, c'en est une suite que, se trouvant dans un enga- « gement commun envers d'autres, ils soient liés entre eux. Et si « cette liaison ne les rend pas associés, comme le sont ceux qui « se sont choisis volontairement, elle a cet effet que, par exemple, « l'héritier d'un fermier étant obligé aux conditions du bail en- « vers celui qui a donné à ferme, et ayant aussi le droit d'exploi- « ter ou de faire exploiter la ferme pour son intérêt, ce droit et « cet engagement distinguent sa condition de celle des héritiers « des autres sortes d'associés, en ce qu'il ne peut être exclu de la « ferme, quand même l'exploitation n'en aurait pas été commen- « cée avant la mort de l'associé à qui il succède. »

(1) Paris, par un arrêt que la cour de cassation a cassé le 15 janvier 1812 (SIREY, XII, 1, 181, et collect. nouv. de DEVILLENEUVE, t. IV, p. 7; DALLOZ, t. I, p. 611).

(2) FRÉMERY, p. 70; HORSON, p. 41.

(3) Cassat., 3 août 1819 (DALLOZ, t. IX, p. 181, et collection nouvelle de DEVILLENEUVE, t. VI, p. 108).

(4) C'est ce qu'ont prouvé à merveille HORSON, p. 38 et suiv.; FRÉMERY, *loc. cit.*

Add. Voici l'opinion de FRÉMERY, qui s'exprime comme suit dans le ch. XII de ses *Études de droit commercial*, p. 67 : « Il s'est élevé de vives discussions, depuis quelques années, sur l'étendue des pouvoirs du liquidateur d'une société.

« En étudiant les anciens monuments du droit commercial, on est frappé du silence complet qu'ils gardent sur cette espèce de fonction, dont le nom même ne se trouve que dans les ouvrages modernes.

« A la fin du XVIIe siècle, Savary (part. II, liv. I, ch. II, p. 389, 401, 407), proposant des formules d'actes de société, fruit de sa longue expérience, n'y insère point la clause que la liquidation sera confiée à un seul des associés; il stipule qu'à l'expiration de la société il sera fait inventaire, et que, les dettes payées, on partagera en nature les marchandises restantes, et qu'on tirera au sort les créances divisées en lots sans aucun recours, ensuite, de l'un contre l'autre, quel qu'en soit le sort.

« L'usage s'est introduit, dans le siècle dernier, de confier en général la liquidation à l'un des associés ou à un tiers étranger à la société.

« Le tribunal et le conseil de commerce de Lyon, consultés sur le projet du code de commerce, proposèrent d'y ajouter un titre spécial pour les liquidateurs. La disposition la plus remarquable était l'obligation imposée au liquidateur de donner caution, nonobstant stipulation contraire, dès qu'un associé offrait de se charger de la liquidation à cette condition.

« La commission de révision rejeta l'idée d'insérer un titre spécial; elle dit avec une grande justesse : « Si l'acte de société n'a « pas déféré la liquidation à l'un des associés, elle n'appartient « de droit à aucun en particulier; elle est la propriété de tous... »

« Cependant comme on admit la proposition, faite par un commerçant, d'une prescription de cinq ans au profit des associés non liquidateurs, beaucoup de personnes, accoutumées à chercher dans la loi la source de tout droit, se sont persuadées que, puisque la loi parlait de liquidateur, c'est qu'un liquidateur était exigé par elle, et conséquemment indispensable.

« Sur ce fondement on a, en général, exagéré les pouvoirs du liquidateur (a), et l'on a été jusqu'à dire que les pouvoirs d'un associé gérant reçoivent *un accroissement marqué* dans la personne du liquidateur; mais la cour suprême a cassé l'arrêt du 15 janvier 1812, qui contenait cette doctrine, et a décidé que le liquidateur n'était qu'un simple mandataire.

« Cependant l'opinion contraire a encore trouvé des partisans; et, en 1826, on a soutenu que le liquidateur avait le pouvoir d'endosser des effets de commerce, et d'obliger, par sa signature, tous les membres de la société dissoute.

« Où donc peut-on trouver le principe d'un pareil pouvoir?

« La société est éteinte; il n'y a plus de raison sociale. Ceux qui étaient associés pour faire en commun des opérations de commerce, ont cessé toute entreprise, et ne sont plus que les copropriétaires d'une masse qu'il s'agit de liquider et de partager.

« Charger une personne de liquider cette masse, c'est (et rien de plus) lui conférer le pouvoir nécessaire pour opérer cette liquidation.

« Or, liquider, c'est dégager l'actif brut des dettes qui le grèvent, pour arriver à l'actif net; le moyen d'y parvenir, c'est de recouvrer les créances, et de vendre les marchandises pour acquitter les dettes. Donc le liquidateur a le pouvoir de vendre les marchandises et de donner quittance aux débiteurs.

« Mais si une dette de la société arrive à échéance, et que la caisse de la liquidation soit vide, le liquidateur a-t-il le pouvoir d'*emprunter* pour effectuer le payement?

« Non, sans doute; il doit se borner à prévenir les associés, afin qu'ils avisent à leur libération; car, emprunter, ce n'est plus *liquider* la masse; c'est, au contraire, en accroître et l'actif et les dettes; c'est faire une opération nouvelle.

« Eh bien, négocier des effets de commerce, pour s'en procurer la valeur, c'est précisément faire une opération toute semblable; c'est emprunter sur sa signature, accompagnée de celle des endosseurs, tireur et accepteur : c'est augmenter la masse des obligations sociales, acte qui est évidemment en dehors du pouvoir d'en liquider le montant.

« Conséquemment, les membres de la société dissoute ne sont obligés, par ces endossements, que lorsqu'ils y ont donné une adhésion expresse; qui peut en douter, par exemple, à l'égard des enfants mineurs de l'associé décédé? A défaut du consentement des associés à cette obligation, celui qui l'a souscrite en est seul tenu envers le cessionnaire de l'effet négocié, et de ses ayants cause. »

HORSON disait : « La loi n'exige pas la publication de la dissolution d'une société légalement formée et arrivée à terme; aucune de ses dispositions n'impose par conséquent l'obligation de

(a) Pardessus, t. IV, p. 1073 et suiv.

Il en serait autrement s'il résultait clairement des faits et circonstances de la cause que le liquidateur

publier la nomination du liquidateur et l'étendue des pouvoirs qui lui ont été conférés : d'où il faut bien conclure que le législateur n'a pas entendu attribuer *de plein droit*, au liquidateur nommé, le droit d'obliger indéfiniment les anciens associés envers les tiers.

« Mais où donc les tiers reconnaîtront-ils les limites dans les-
« quelles les pouvoirs du liquidateur ont été circonscrits ? »

« C'est ici qu'il faut dégager la question de tout ce qui peut l'embarrasser.

« Nous ne nous arrêterons donc pas à cette circonstance, que le liquidateur aura lui-même fait partie de la société dissoute : la qualité de liquidateur est une qualité toute nouvelle, qui peut tout aussi bien être conférée à un tiers qu'à un ancien associé ; qui même, et très-souvent, est dévolue par la justice, malgré les associés, à un tiers qu'ils ne choisissent pas. Disons donc que le liquidateur est un *mandataire*, et cherchons maintenant quelle est, au regard des tiers, l'étendue de son mandat.

« Puisque la loi ne confère pas de plein droit au mandataire liquidateur le pouvoir d'engager indéfiniment les anciens associés envers les tiers, que doit faire celui qui, en traitant avec le liquidateur, veut avoir les anciens associés pour obligés ? Ce qu'on *fait* toujours lorsqu'on traite avec un mandataire : se faire représenter le mandat, et ne pas traiter s'il n'y trouve le pouvoir formel d'engager le mandant.

« Disons donc déjà, et en cela du moins nous serons d'accord avec le rédacteur de l'opinion que nous combattons, que le liquidateur doit représenter l'acte qui l'a nommé, et que s'il ressort de son contexte que les anciens associés ont stipulé la défense au liquidateur de faire aucune négociation ou obligation qui pourrait les obliger envers les tiers, ces tiers n'auront pas d'action contre eux.

« Mais si l'on s'est borné, dans l'acte comme dans les circulaires envoyées aux correspondants, à dire, sans autre explication, que *tel* est nommé liquidateur, quelle sera l'étendue des pouvoirs que cette nomination comportera ? Voilà bien la difficulté réduite à ses véritables termes : examinons-la d'après les principes, d'après la jurisprudence, et en ne sacrifiant inconsidérément la sécurité et les intérêts de personne.

« Aux termes de l'article 1988 du code civil, le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que *les actes d'administration*, et nous convenons que les actes d'administration que peut faire le liquidateur d'une société sont, par la nature même de cette fonction, plus étendus que ceux qui sont réputés tels en matière civile.

« Mais ce liquidateur pourra-t-il, *par souscription* ou *endossement*, engager les anciens associés envers les tiers ? Non assurément, parce que le droit, en lui-même si dangereux, d'engager quelqu'un, et surtout de l'engager indéfiniment, ne peut résulter que d'un mandat *exprès*, et qu'ici ce droit n'est pas une conséquence nécessaire du pouvoir de liquider.

« Cependant, dit-on, qui veut la fin veut les moyens ; comment
« le liquidateur pourra-t-il payer, si, n'ayant pas en caisse les
« fonds suffisants, vous lui refusez le droit d'emprunter et même
« de négocier les valeurs de portefeuille ? Comment, d'ailleurs,
« pourra-t-il faire encaisser les sommes dues sur les places éloi-
« gnées, si vous lui refusez la possibilité de tirer et d'endosser ? »

« Que l'on y prenne garde ; en raisonnant ainsi, on déplace la question. Nous ne refusons pas au liquidateur les moyens de remplir son mandat ; mais nous lui refusons le pouvoir de compromettre, à sa volonté, la fortune et l'honneur de ses mandants, en les engageant indéfiniment envers les tiers. Expliquons-nous, et pour le cas de souscription et pour le cas d'endossement.

« La question de savoir si le liquidateur est ou n'est pas en mesure de payer les engagements sociaux ne regarde que les associés ; s'ils n'ont pas mis leur liquidateur en possession de libérer leur signature, les créanciers les poursuivent et voilà tout ; mais chacun concevra que s'il suffisait à un liquidateur, pour engager les anciens associés, de déclarer qu'il emprunte dans l'intérêt de la liquidation, les conséquences d'un tel pouvoir, reposant, de plein droit, entre les mains d'un liquidateur infidèle, n'auraient d'autres limites que la ruine complète des associés.

« Ce que nous disons pour la souscription des titres, nous le disons sans hésiter pour les endossements, parce que les raisons sont les mêmes, que l'abus peut être le même, et qu'avec cette possibilité d'*engager par endossement*, il suffirait au liquidateur de mettre en circulation toutes les mauvaises valeurs d'une société, ou même d'en faire créer de fictives et de les endosser ensuite, pour que la fortune des associés retirés *fût* à sa discrétion ; nous répéterons donc, sur ce point comme sur l'autre, que c'est aux associés à mettre le liquidateur en mesure de négocier, si les besoins de la liquidation l'exigent, mais que le liquidateur ne peut le faire sans leur concours ou sans un pouvoir exprès.

« Arrive la difficulté des recouvrements à faire au loin ; elle n'est pas sérieuse, et elle ne provient encore que de ce qu'on perd de vue la véritable question, *le droit d'engager, par souscription ou endossement, les anciens associés envers les tiers.* D'abord est-il bien vrai que ce n'est qu'en faisant traite sur un débiteur qu'on peut retirer de ses mains ce qu'il doit ? Et, au surplus, ne peut-on, au lieu d'engager les anciens associés par l'endossement, se borner à transmettre nominativement les titres à un correspondant, *valeur en recouvrement ?*

« En résumé, et pour en revenir au faux principe que nous combattons, les pouvoirs d'un associé gérant, et notamment celui d'engager les associés par la signature sociale, ne passent pas à un liquidateur, associé ou non ; il n'y a plus désormais de société, mais seulement une chose commune à liquider par les soins d'un mandataire qui ne peut obliger ses mandants envers les tiers sans autorisation formelle, ce qui nous conduit à rappeler le principe très-énergiquement posé en l'arrêt de cassation du 15 janvier 1812, arrêt qui déclare que « la nomination d'un associé aux fonc-
« tions de liquidateur n'a pas pour effet de proroger en sa per-
« sonne tous les pouvoirs sociaux qui dérivaient du contrat de
« société : » d'où la cour a conclu que ce liquidateur, soumis aux principes du mandat, n'avait pu, par application de l'art. 1989 du code civil, soumettre volontairement à des arbitres une contestation qui intéressait la société dissoute, ce qu'un associé gérant aurait bien certainement pu faire.

« Notre doctrine a pour but la sécurité des associés ; nous croyons avoir établi qu'elle est conforme aux principes du droit et à la jurisprudence ; il est bien évident qu'elle ne porte aucune atteinte aux droits et actions des créanciers de la société. Faut-il maintenant répondre à cette objection, si commode pour ceux qui ne veulent rien approfondir : « Mais la marche des affaires
« de commerce qu'il faut simplifier le plus possible ! mais, surtout,
« l'intérêt des tiers qui se trouveront trompés, après avoir compté
« de bonne foi leur argent au liquidateur ! »

« Nous sommes, plus que personne, partisan de ce principe, qu'avant tout il *faut* respecter les droits acquis par les tiers de bonne foi : mais où donc voit-on que, dans notre système, les tiers seront trompés, si ce n'est ceux qui tiennent absolument à *faire des affaires*, sans en vouloir jamais examiner les suites ? Il n'existe plus de raison de commerce, plus de signature sociale, plus d'associé gérant qui puisse en faire usage : un liquidateur reste ; on lui a confié la mission de vendre, recevoir et payer. Il peut en abuser, sans doute, en détournant l'actif social de sa véritable destination ; mais là du moins doit s'arrêter la chance, et bien certainement la loi n'y a pas ajouté, de plein droit, et à moins de stipulations formelles et volontaires, celle qui résulterait du pouvoir d'engager les anciens associés *par souscription ou endossement*, pouvoir qui durerait autant que la liquidation elle-même, et qui dès lors, contrairement à l'art. 64 du code de commerce, exposerait indéfiniment les associés non liquidateurs aux actions des tiers.

« Nous avons sous les yeux une consultation signée par un avocat du barreau de Paris, dans laquelle on s'efforce d'établir un système contraire au nôtre ; la matière est d'un intérêt assez général pour que nous nous déterminions à répondre à ce document.

« Il faut d'abord rétablir la question, qui a été dénaturée parce que peut-être elle a été, dans l'origine, mal posée.

« On ne veut voir, dans le liquidateur, qu'un des anciens associés investi *volontairement* de cette mission par la confiance de

avait un mandat positif et spécial pour souscrire des engagements. C'est en ce sens qu'a été rendu un arrêt

ses coassociés; il faut envisager la difficulté sous un point de vue plus général.

« Sans doute il arrive souvent qu'à la dissolution de la société l'un des associés est volontairement investi par ses coassociés des fonctions de liquidateur; mais, tout aussi souvent, elles sont conférées en vertu d'une stipulation antérieure qu'il faut exécuter, ou bien elles sont attribuées par la justice qui choisit entre les prétendants; enfin, il arrive encore fréquemment qu'aucun des associés n'obtient la préférence, et que c'est un tiers étranger à la société et aux associés, à qui la justice confère les fonctions de *liquidateur*. De là cette conséquence, que le liquidateur, loin de tenir toujours sa nomination de la confiance des anciens associés, leur est souvent *imposé* malgré eux.

« Voyons maintenant si le liquidateur, de quelque manière qu'il ait été nommé, peut, à moins d'*autorisation expresse*, conférée volontairement par l'acte de nomination, obliger les anciens membres de la société envers les tiers, par la souscription ou même seulement par l'endossement d'effets négociables souscrits au nom de la société dissoute; et pour cela fixons bien, car c'est ici que repose toute la difficulté, les conséquences de ce droit d'endosser.

« Il n'en est pas d'un effet négociable comme d'un titre ordinaire : le tiers porteur n'a rien à prouver : il reste étranger à tout débat sur l'origine et la cause du titre, ainsi que sur l'abus qui a pu en être fait, et à moins de prouver qu'il est tiers porteur de mauvaise foi, l'intérêt même du commerce, la sécurité des négociations, exigent qu'il obtienne condamnation sur l'heure.

« Appliquons ces règles à notre question, et voyons si elles peuvent se concilier avec l'idée que, de plein droit, la signature d'un liquidateur, au bas d'un endossement, oblige les anciens associés envers les tiers sauf leur recours contre lui.

« Le liquidateur en possession de cette masse, quelquefois énorme, de valeurs mortes, de règlements à longs termes, que présente la liquidation d'une grande maison, les endossera et en touchera le produit : il fera plus, et c'est ici l'hypothèse la plus frappante, il fera souscrire sous des signatures illusoires, au nom de la société et à une date antérieure à sa dissolution, une quantité plus énorme encore d'engagements à ordre, il les négociera comme liquidateur et s'en appliquera le montant. Le principe effrayant que nous combattons une fois admis, que diront les anciens associés actionnés en remboursement? Diront-ils que les effets endossés sont étrangers à la liquidation, qu'ils ne leur ont jamais appartenu, que les registres sociaux le prouvent, que le produit de la négociation n'a jamais tourné à leur profit? Rien de tout cela ne sera entendu : le tiers porteur les accablera par la seule force de sa qualité, et leur ruine sera consommée.

« Assurément il faudrait des considérations bien puissantes ou une disposition de loi bien formelle pour neutraliser ces réflexions; examinons celles qu'on oppose.

« Lorsqu'on nomme un liquidateur, on entend nécessairement « l'investir des pouvoirs nécessaires pour liquider. Or comme il « faut payer les engagements sociaux au failir, et que ce n'est, « pour la plupart du temps, qu'à l'aide de la négociation des va« leurs de portefeuille que les payements peuvent se faire, le « pouvoir d'endosser, et par conséquent d'obliger les anciens as« sociés par l'endossement, est nécessairement sous-entendu. »

« Ce raisonnement est très-spécieux, et il pourrait séduire quelques esprits superficiels : mais les négociants éclairés ne s'y laisseront pas prendre, car il ne peut résister à l'examen, sous quelque rapport qu'on l'envisage.

« Quelle classe d'intéressés veut-on ici ménager?

« Les créanciers de la société? Ils sont étrangers à la question, et comme la dissolution de la société laisse leurs droits intacts contre tous les associés, ils poursuivent ceux-ci si le liquidateur ne les paye pas.

« Les anciens associés? Singulière sollicitude qui, dans l'intérêt des associés, a pour résultat de mettre la fortune tout entière de chacun d'eux à la merci du liquidateur! Que l'on se persuade donc bien que les anciens associés ne restent pas aussi étrangers qu'on paraît le croire aux mouvements de la liquidation; qu'ils ne sont pas, comme on semble le dire, exposés à faillir sans s'en douter; qu'ils savent parfaitement ce que la liquidation a à payer, à quelle époque elle doit payer et quelles sont les ressources exigibles et les valeurs réalisables; qu'au surplus, en cas de besoin, le liquidateur sait fort bien le leur rappeler pour qu'ils prennent leurs mesures en conséquence.

« Restent les tiers qui auraient pris les effets à la négociation sur la signature du liquidateur; mais en y réfléchissant, on reconnaît bientôt que c'est la question par la question; car, si en principe le liquidateur n'a pas le pouvoir d'obliger les associés par endossement, le tiers porteur ne peut se plaindre de ne pas obtenir action contre eux. Il existe relativement à ces tiers porteurs, dont l'intérêt est toujours mis en avant dans des difficultés de cette nature, une règle dominante : lorsqu'on entend avoir quelqu'un pour obligé, il faut obtenir sa signature, et si c'est un autre qui stipule pour lui, il faut que le droit de le faire résulte d'un mandat exprès ou d'une disposition formelle de la loi. Altérer ce principe, c'est détruire toute sécurité dans les rapports civils et commerciaux.

« Arrivons à la loi et aux autorités.

« Le liquidateur est un mandataire, et le mandataire qui n'est investi que d'un mandat conçu en termes généraux ne peut faire que les actes de simple administration : voilà le principe conservateur qui est formellement écrit dans la loi, et que nous invoquons, sans méconnaître toutefois que les actes d'administration d'un liquidateur en matière de commerce peuvent s'étendre plus loin qu'en matière civile.

« Ici arrive, dans le système que nous combattons, une singulière confusion d'idées; lorsqu'on s'associe, la confiance est entière en la personne de celui auquel le droit de signer est attribué, et aussi la loi déclare que sa signature engage tous les associés; on veut absolument qu'à la dissolution de la société, ce droit d'engager indéfiniment les associés se continue de plein droit, malgré le silence de la loi, et, en l'absence de toute stipulation, en la personne du liquidateur, sans faire attention que les circonstances ne sont plus les mêmes, et que la formation de la société était toute volontaire, tandis que la nomination du liquidateur, de quelque manière qu'elle ait eu lieu, était forcée en ce sens qu'on ne pouvait se dispenser de le nommer.

« De tous les auteurs que l'on cite, *aucun* n'a prévu la grave difficulté qui nous occupe, et on les fait parler *par induction*, comme si le droit exorbitant d'obliger indéfiniment quelqu'un envers des tiers porteurs pouvait s'établir par induction, et on rapporte notamment le texte de l'opinion de Pardessus; or, que voyons-nous par la lecture approfondie des phrases rapportées? Ou que Pardessus n'a pas été compris, ou qu'on ne saisit pas la question qui nous occupe.

« Nous entendons précisément comme Pardessus l'étendue des pouvoirs d'un liquidateur. « Le liquidateur n'est pas présumé « avoir moins de droits que la société elle-même, il est la société « tout entière, » dit Pardessus; mais ce professeur explique sa pensée, et il a bien soin d'ajouter que c'est *à l'égard des tiers qui ont des créances ou des dettes à liquider avec la société*, que *c'est pour défendre aux assignations*, etc. Ainsi nous comprenons très-bien que le liquidateur pourra débattre et arrêter les comptes, vendre, recevoir et payer, plaider en demandant ou défendant; nous entendons encore, avec les auteurs cités, qu'il pourra transiger, et même, si l'on veut, *compromettre*; nous irons jusqu'à accorder, et ici nous serons très-bien compris par quiconque sentira la différence d'un titre *nominatif* avec un titre *négociable*, que le liquidateur pourra obliger les associés à payer le solde d'un compte dans les délais qu'il stipulera, parce qu'ici on aura toujours un *adversaire direct*, et que par conséquent l'abus sera impossible.

« Mais que l'on veuille donc entendre que ce n'est pas là notre question, que tous les actes dont nous venons de parler ne peuvent atteindre que les valeurs de la liquidation, tandis que le droit que nous contestons est celui d'obliger indéfiniment les associés, droit qui résulte incontestablement de la faculté de livrer à la circulation des valeurs négociables. »

HORSON réfute, pour finir, l'arrêt de Paris du 15 janvier 18[illegible].

MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 526, disent au contraire : « La

de la cour de cassation du 19 novembre 1835, au rapport de Mestadier (1). Dans l'espèce de cet arrêt, l'existence d'un tel mandat n'était pas même contestée.

1013. Ceci posé, on pourra juger avec exactitude des fonctions du liquidateur.

1014. Il est saisi de tout l'actif social; il a entre ses mains toutes les valeurs. C'est pourquoi, pour mettre sa responsabilité à couvert, il sera prudent qu'il fasse inventaire. La loi ne le prescrit pas; mais les règles d'une bonne administration en donnent le conseil (2).

Lors de l'élaboration du code de commerce, le tribunal de commerce de Lyon avait proposé d'imposer au liquidateur de donner caution, nonobstant toute stipulation contraire, dès qu'un associé offrait de se charger de la liquidation à cette condition (3). Mais cette observation n'eut pas de suite, et elle ne devait pas en avoir. On ne peut modifier, après coup, une convention contre la volonté d'une des parties (4).

1015. Le liquidateur recouvre les créances, reçoit les fonds et donne quittance.

1015 2° (5).

1016. C'est à lui que rendent leurs comptes ceux qui ont pris part à l'administration de la société et ont à régler avec elle (6).

Il dresse également le compte de la société avec chaque associé. Les éléments de ce compte ont été donnés dans l'explication des articles 1843 et suivants; il est inutile d'y revenir. Pour en arrêter le chiffre, le liquidateur compense, jusqu'à due concurrence, le montant des sommes dont chacune des parties est débitrice de la société, avec celles dont elle est créancière (7).

1017. Il vend les marchandises et tout ce qui est vénal (8); c'est une suite nécessaire du commerce commencé. Il vend aussi les meubles dont la destination n'est pas d'être partagés en nature, ou de faire retour à l'un ou plusieurs des associés; il vend aussi les immeubles dont la conservation n'est pas dans le but du partage et dans les vues probables des associés, surtout les immeubles impartageables. Un gérant ne l'aurait pu durant l'existence de la société; un liquidateur le doit, car les circonstances ne sont plus les mêmes. Le gérant, en effet, était tenu de conserver à l'état d'indivision l'immeuble nécessaire pour les opérations sociales; le liquidateur est chargé de le convertir en valeurs faciles à partager (9).

1018. Et ici se révèle une nuance entre le partage d'une succession, et le partage d'une société de commerce. Dans le partage d'une succession, les cohéritiers tiennent presque toujours à avoir en nature une part de meubles et une part d'immeubles. Les immeubles surtout sont l'objet d'une affection spéciale. On aime à les conserver par esprit de famille et par esprit de propriété, et l'idée d'une licitation n'a pas toujours beaucoup de faveur. Dans le partage d'une société de commerce, il n'en est pas ainsi; comme on a recherché des bénéfices, ce sont des capitaux qu'on demande surtout dans le partage. Les meubles et les immeubles que la société pouvait avoir n'étaient entre ses mains que des instruments; ils ont rarement du prix pour les associés lorsque cesse le commerce auquel ils étaient affectés; et si, parmi les associés, quelques-uns les convoitent par des raisons spéciales, c'est un motif de plus d'en faire l'objet d'une vente. Il suit de là que le liquidateur a, de plein droit, une très-grande latitude pour vendre les meubles et les immeubles; par l'état de liquidation, ils sont présumés vénaux (10).

1019. Investi de toutes les valeurs de la société, comme je le disais tout à l'heure, il doit payer les

---

nécessité, dans ce cas, constitue le droit des liquidateurs. En effet, s'ils n'avaient pas le droit de faire des emprunts, la liquidation serait alors impossible, puisque dès qu'une créance deviendrait exigible avant que les liquidateurs eussent pu recouvrer les deniers nécessaires pour la payer, la société pourrait être mise immédiatement en faillite. Les engagements souscrits dans ce cas par les liquidateurs envers les tiers, obligent les associés. »

Contrà, MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 526, et VINCENS, p. 360, n° 2.

(1) SIREY, XXXVI, 1, 130, 133.

(2) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 530, où ils ajoutent : « Ils devront aussi, toujours pour les mêmes motifs, présenter de temps en temps des états de situation, lors même qu'ils n'y seraient point expressément obligés. Ils devront également tenir les livres prescrits par les lois et les usages du commerce. »

D'après ces deux auteurs, n° 531, le premier devoir des liquidateurs est de demander le compte des administrateurs.

(3) Observ. des tribunaux, t. II, p. 535.

(4) *Contrà*, PARDESSUS, t. IV, n° 1073.

Add. L'opinion de PARDESSUS est aussi combattue par MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 532. Mais ils disent : « Cependant il faut distinguer entre le cas où les associés ont renoncé, soit expressément, soit implicitement, au droit de révoquer le liquidateur, et celui où ils n'ont pas renoncé à ce droit : s'ils ont renoncé au droit de révocation, il n'est pas douteux qu'ils ne peuvent lui imposer postérieurement l'obligation de fournir un cautionnement. Si, au contraire, il n'y a pas eu de renonciation à ce droit, comme alors, ils peuvent révoquer le liquidateur sans avoir besoin d'en déduire de motifs, ils peuvent à plus forte raison, comme condition de sa conservation, l'obliger à fournir caution. Si les affaires du liquidateur irrévocable étaient devenues telles que son insolvabilité fût notoire, comme il y aurait péril en la demeure, les associés pourraient demander ou que le liquidateur donnât caution, ou qu'il fût contraint de déposer les sommes qu'il recevrait pour la société. Si le liquidateur n'était pas associé, on pourrait toujours, même après sa nomination, l'obliger à fournir caution, à moins qu'il n'y eût eu dans l'acte de sa nomination des stipulations telles qu'il fût devenu partie au contrat. »

(5) **Add.** *Peut-il vendre à perte les créances de la société?* — MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 527, disent à ce sujet : « Les liquidateurs n'ont pas le droit de vendre des créances de la société à un prix inférieur à leur valeur nominale; le transport de ces créances à perte n'est pas un acte d'administration, et n'est d'ailleurs jamais nécessaire à la liquidation, puisque les liquidateurs peuvent en suivre le recouvrement, et, si ce recouvrement est trop long, emprunter pour payer les créances échues.

« Mais nous pensons qu'ils ont le droit de vendre au comptant, et moyennant un prix égal, ces créances; car ce mode de réaliser des capitaux nécessaires est préférable à l'emprunt. A plus forte raison, nous leur accordons le droit de transporter, par voie d'endos ou autrement, les effets négociables de la société. »

(6) HORSON, p. 49.

(7) POTHIER, nos 167 et suiv.

(8) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 511.

(9) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN ajoutent, n° 541 : « Le titre d'une société, même lorsqu'elle est dissoute, est une propriété; il est des cas où ce titre a une valeur appréciable, il devra donc être mis en adjudication par les liquidateurs, et le prix en sera employé par eux en payement des dettes ou distribué aux associés. (Ainsi jugé dans un arrêt de cassation du 15 mars 1817, rapporté dans le *Journal du Palais*, 1818, t. 1, p. 128.) »

(10) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN n° 522, où ils disent : « S'il existe des immeubles appartenant à la société, ils pourront les vendre, s'ils sont impartageables, quoique le pouvoir ne leur en ait pas été expressément donné, et il ne sera pas même nécessaire qu'ils fassent précéder la vente d'une estimation et d'une expertise. En effet nous avons vu, au commencement de ce chapitre, que si les règles et les formes établies pour les partages des successions entre cohéritiers s'appliquent aux partages entre associés, c'est seulement en ce qu'elles n'ont rien de contraire aux usages du commerce. Or, cette estimation, cette expertise et cette licitation, soit devant le tribunal,

dettes, soit avec les fonds qu'il a trouvés en caisse, soit avec ceux qu'il a fait rentrer, soit avec les deniers provenant de la vente de partie de l'actif (1). Il ne s'agit pas de délibérer ici, comme dans le cas de partage d'une succession. Le temps presse; les créanciers ont une action solidaire et actuelle; ils demandent leur payement sans remise; les décisions prises après discussion à la majorité, avec les lenteurs du droit civil (2), n'aboutiraient qu'à faire mettre la liquidation en faillite. Le liquidateur a été précisément institué pour tenir lieu de la majorité et procéder avec un pouvoir discrétionnaire.

1020. Dans le partage d'une succession, c'est devant un notaire que l'on procède à la composition de la masse, à la composition des lots, aux rapports et fournissements. Le liquidateur dispense de la présence de cet officier; c'est lui qui dresse l'état détaillé de l'actif et du passif; c'est lui qui tient la place du cohéritier chargé de faire les lots.

1021. Le liquidateur représente les associés pour recevoir les significations relatives à la liquidation (3), pour plaider tant en demandant qu'en défendant, sur tout ce qui se rattache à son mandat (4).

1022. Mais il n'a pas le droit d'hypothéquer les immeubles de l'ancienne société; ce ne serait pas liquider, ce serait augmenter les charges sociales par des actes de disposition (5).

1023. Il ne peut non plus ni transiger ni compromettre. C'est ce qu'a jugé la cour de cassation par arrêt du 15 janvier 1812 (6). En effet, le droit de

---

soit devant un notaire, qu'exigent les articles 824 et 827 du code civil, et qui nécessitent le concours de tous les associés, sont incompatibles avec les besoins et les usages du commerce, qui exigent une grande célérité dans les opérations de la liquidation des sociétés. Ainsi les liquidateurs des sociétés de commerce ne sont pas astreints à observer ces formalités; néanmoins pour se mettre à l'abri de tout reproche, ils devront faire vendre par adjudication l'immeuble qu'ils auront reconnu impartageable.

« A l'égard des sociétés formées dans le but d'acheter des immeubles pour les revendre, soit en détail, soit autrement, les liquidateurs ont, comme les administrateurs, le pouvoir de vendre les immeubles de gré à gré et sans adjudication, parce qu'alors, par la nature même de la société, ces ventes ne sont que des actes d'administration pendant la durée de la société, et des actes de liquidation après la dissolution. En effet, la masse active partageable est la valeur des immeubles, et non les immeubles eux-mêmes, qui ne sont que la matière de l'opération : or, pour réaliser ce capital social, et le rendre disponible et partageable, il faut vendre les immeubles, à moins qu'ils ne soient faciles à partager, eu égard au nombre des associés. »

(1) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 525 : « Cependant les premiers fonds en caisse et les premiers deniers rentrés doivent être employés au payement des frais de liquidation. Ces frais, destinés à faire rentrer les fonds de la société, sont privilégiés, parce qu'ils sont faits dans l'intérêt de tous les créanciers, aussi bien que dans l'intérêt des associés. »

(2) Art. 826 du code civil.

(3) HORSON, p. 49.

(4) *Ibid.*

Add. *Jurisprudence.* — La règle que *nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur*, ne s'applique qu'au mandat conventionnel, et non au mandat légal.

Spécialement, le liquidateur d'une société commerciale nommé par jugement, a qualité pour poursuivre *en son nom seul* toutes les actions de la société (5 avril 1832, cour d'Aix; SIREY, XXXV, 2, 22).

(5) Cassat., 2 juin 1836 (DALLOZ, XXXVI, 1, 381; SIREY, XXXVI, 1, 673).

(6) SIREY, XII, 1, 121, et collect. nouv. de DEVILLENEUVE, t. IV, p. 7; DALLOZ, t. 1, p. 602; Paris, 28 juin 1808 (DALLOZ, XXXVI, 2, 84). *Contrà* PARDESSUS, t. IV, n° 1075.

Add. L'opinion de PARDESSUS est aussi combattue par MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 418 : « Les liquidateurs n'ont pas non plus le droit de transiger ni de compromettre, car pour transiger et compromettre il faut en avoir reçu un pouvoir spécial qui ne se trouve pas compris, d'après les principes du droit commun, dans le mandat général pour administrer, et que la transaction et le compromis ne sont point d'ailleurs des actes nécessaires à la liquidation. Nous ne pouvons donc partager, sur ce point, l'opinion du savant auteur du *Cours de droit commercial* qui pense que les liquidateurs ont le droit de transiger et de compromettre. Pardessus, pour soutenir son opinion, se fonde sur ce que la liquidation serait impossible si ce droit n'était point donné aux liquidateurs. Si telle était la conséquence de cette limitation des pouvoirs des liquidateurs, nous serions d'accord avec Pardessus, car nous pensons que les liquidateurs ont non-seulement le droit, mais même qu'il est de leur devoir de faire tous les actes nécessaires à la liquidation. Mais il n'en est pas ainsi : la liquidation peut très-bien s'opérer sans transaction ni compromis. En effet, s'il s'élève des difficultés avec des tiers pendant le cours de la liquidation, ces difficultés pourront être terminées sans l'un ou l'autre de ces actes, puisqu'elles seront jugées par les tribunaux compétents; et s'il s'en élève entre les associés, elles le seront par des arbitres nommés par les associés, s'ils peuvent s'entendre, ou choisis par le tribunal de commerce si la nomination ne peut être faite à l'amiable. Sans doute il serait à la fois moins long et moins dispendieux de transiger sur les procès survenus pendant la liquidation, ou de compromettre pour faire juger ces procès par des arbitres amiables compositeurs : mais de ce que cette voie de justice serait plus avantageuse, il ne résulte pas que les liquidateurs aient le droit d'y recourir, si ce droit ne leur a point été conféré. Ce sera seulement une considération qui pourra déterminer les associés à leur donner le pouvoir de transiger et de compromettre. En conséquence, si, à défaut de pouvoir exprès, les liquidateurs avaient terminé des procès de la société, soit par une transaction, soit par un compromis, ils auraient excédé leurs pouvoirs et engagé leur responsabilité tant envers les tiers qu'envers la société.

« Il y a sur ce point une différence très-marquée entre les gérants et les liquidateurs. En effet, les gérants ont nécessairement des pouvoirs plus étendus, puisqu'ils doivent administrer la société et faire les opérations sociales sans interruption jusqu'à la dissolution, tandis que les liquidateurs n'ont qu'à terminer les affaires qui ne l'étaient pas au moment où la société a fini. Ainsi, dans la gestion des administrateurs, les opérations s'enchaînent et se pressent de manière que si la première n'est pas terminée à l'époque où on a dû compter qu'elle le serait, la seconde languit. Il résulte de là qu'un procès qui traînerait en longueur, pourrait, en ralentissant le système général d'opérations, causer un grand préjudice à la société. Ainsi n'hésitons-nous pas à reconnaître aux gérants le droit de transiger, dont cependant ils ne doivent user qu'en cas de nécessité. Mais il n'en est pas de même des liquidateurs, parce qu'en général toutes les opérations de leur administration sont indépendantes, et que si une de ces opérations est arrêtée par un procès, les autres n'en marchent pas moins pour cela. Nous devons cependant faire observer que les usages du commerce devant toujours être suivis, en matière de société, de préférence aux règles du droit civil ordinaire, il faudrait reconnaître, même aux liquidateurs, le droit de transiger si les usages du commerce le leur attribuaient. Il en serait de même du droit de compromettre. Aussi pensons-nous que la cour de cassation a été trop loin en décidant, d'une manière absolue, par un arrêt du 15 janvier 1812, rapporté par Dalloz, v° *Arbitrage*, p. 622 (Sirey, XII, 1, 123), qu'un gérant nommé liquidateur n'a pas le droit de compromettre sur les intérêts de la société. Cette question est nécessairement subordonnée aux usages commerciaux. Dalloz, dans une note sur cet arrêt, cite des parères du commerce de Paris, desquels il résulterait que, d'après les usages du commerce de cette ville, les liquidateurs ont le droit de transiger et même de compromettre. Cet usage ne nous paraît pas suffisamment établi; mais s'il était constaté, il faudrait reconnaître ce droit aux liquidateurs de toutes sociétés établies à Paris. »

compromettre est le corollaire du droit de disposer, et le liquidateur ne peut aller jusque-là sans mandat exprès. On cite des parères pour prouver que, dans l'usage du commerce, les liquidateurs peuvent virtuellement compromettre et transiger (1), et Horson ne paraît pas éloigné de ce sentiment (2), qui est aussi celui de Vincens (3). Mais cet usage ne me paraît rien moins qu'avéré (4).

1024. Voyons maintenant comment le liquidateur est nommé, et, après cela, nous pourrons résumer sans peine sa position, tant à l'égard des associés qu'à l'égard des tiers.

Il serait désirable que les statuts de toutes les sociétés dont les affaires sont compliquées réglassent par avance la nomination du liquidateur. Dans ces premiers rapprochements des associés, on se met facilement d'intelligence sur les personnes et sur les choses; que si, au contraire, on attend le moment de la dissolution pour s'occuper du choix du liquidateur et en régler les conditions, il est à craindre que des scissions fâcheuses n'entravent le partage (5).

1025. Quoi qu'il en soit, toutes les fois que les statuts seront muets à cet égard, le liquidateur ne pourra être nommé que par l'unanimité des suffrages (6). De quoi s'agit-il, en effet? de former un nouveau contrat (7). Or, un contrat ne peut être que la rencontre de toutes les volontés sur un même point. L'opposition d'un seul suffit pour empêcher la nomination.

E. Persil a cru que le pouvoir du liquidateur pouvait émaner de la majorité des associés (8). Cette proposition est trop évidemment inadmissible pour avoir besoin de refutation : *Contractus sunt ab initio* VOLUNTATIS.

1026. Ce veto est fécond en inconvénients : voilà pourquoi notre pensée se portait tout à l'heure sur la nécessité de prévenir par les statuts une situation négative. Il serait sage presque toujours d'autoriser la majorité à faire la nomination malgré la minorité.

1027. Au surplus, en condamnant, comme nous le faisions tout à l'heure, l'opinion de E. Persil, nous n'entendons pas nous élever contre l'usage commercial qui, dans certaines places et malgré le silence des statuts, autorise la majorité à décider du choix (9). Nous acceptons l'autorité des usages du commerce; seulement, nous conseillons aux tribunaux de ne s'arrêter qu'à ceux qui sont attestés par une longue suite de faits irrecusables.

1028. Mais revenons à l'état normal, c'est-à-dire, à l'unanimité des suffrages, et supposons que l'assemblée des sociétaires n'ait pu tomber d'accord. Que faire dans cette situation?

En principe, la liquidation, étant la propriété de tous, devrait se faire collectivement.

Mais ce qui est praticable dans les petites sociétés devient inadmissible dans les sociétés nombreuses. Une liquidation qui s'opérerait sous l'action directe et individuelle d'un trop grand nombre de sociétaires, serait à chaque instant paralysée par d'interminables discussions. Elle se transmettrait d'une génération à l'autre, comme autrefois le trop fameux décret d'immeubles, ou certains procès en matière féodale.

Le commerce, qui n'a pas besoin de ces funestes fidéicommis, a imaginé un biais. Il a regardé comme contestation entre associés le désaccord sur le choix du liquidateur; il en a saisi le tribunal arbitral, et les fonctions de liquidateur ont été imposées par jugement. On a forcé des associés à contracter malgré eux.

La subtilité du droit peut s'élever contre cette pratique. Mais la nécessité voulait qu'on ne restât pas dans une impasse. Le commerce a tourné le droit; il en a fait un pour ses besoins. Aujourd'hui, l'usage le plus constant (10) a consacré une dérogation nécessaire au principe que le mandat est un acte de volonté et de libre choix.

1029. Si le liquidateur nommé par les statuts est décédé, et qu'on ne puisse s'entendre sur son remplaçant, on a encore recours au tribunal arbitral (11).

1030. Il en est de même, lorsque l'associé chargé originairement de la liquidation se rend indigne de la confiance de ses commettants (12).

1031. Dans tous ces cas, les arbitres saisis de la contestation fixent le mode de liquidation, prescrivent les mesures de précaution, telles qu'inventaire, cautionnement, etc.

1032. Aucune condition spéciale de capacité juridique n'est exigée des liquidateurs. Ils peuvent même être étrangers à la société (13). Car, à quoi servirait le titre d'associé, puisque la société n'existe plus (14). Il n'y a, en principe (15), que des communistes qui cherchent un mandataire (16).

Seulement, les arbitres auront soin de choisir le plus digne. Ordinairement, leur préférence se porte sur les anciens gérants quand leur administration a été probe et éclairée (17); ou bien sur le nom le plus saillant et le plus propre à inspirer la confiance (18). Du reste, les circonstances décident de tout; ceci est un de ces cas arbitraires qui échappent à la doctrine.

1033. Mais ce qu'on peut donner comme règle essentielle en cette matière, c'est qu'il n'y a pas de liquidateur sans mandat exprès; c'est que, tant qu'un choix n'a pas été fait, la liquidation appartient à tous et n'est la propriété de personne exclusivement. Dans une espèce où, par suite de décès et de disparition, un seul associé était resté présent, la cour de cassation a décidé, par arrêt du 13 juin 1831, que cet associé n'avait pas eu le droit de prendre *ipso facto* la qualité de liquidateur, et de faire les actes de liquidation (19).

(1) DALLOZ, t. I, p. 622.
(2) P. 59.
(3) P. 363.
(4) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 528; E. PERSIL, p. 364, 365; *infrà*, n° 1071.
(5) **Add.** Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 510.
(6) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 511.
(7) Cassat., 15 janvier 1812 : arrêt cité au n° 1023.
(8) P. 380.
(9) Bruxelles, 22 janvier 1808; *Palais*, t. IX, p. 371.
(10) HORSON, p. 45; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 511.
Add. Où ils supposent le cas d'une société anonyme.
Lyon, 22 avril 1825 (SIREY, XXV, 2, 371); cassat., 17 juin 1823 (SIREY, XXIV, 1, 94).
(11) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 514.
(12) HORSON, p. 95.
(13) On trouve le germe de ceci dans POTHIER, n° 172, où il dit qu'on peut charger du recouvrement des créances douteuses l'un des copartageants, *ou même un étranger*.
Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 515; HORSON, t. I, p. 95.
(14) HORSON, p. 95; MALEPEYRE et JOURDAIN, n°s 515 et 516.
(15) *Suprà*, n° 1004.
(16) *Suprà*, n° 1004, la limitation de ceci.
(17) HORSON, p. 95.
Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 516, où ils disent aussi : « Les liquidateurs devant nécessairement avoir le maniement des deniers de la société, l'offre faite par l'un des associés de donner caution pour la gestion pourrait être, suivant les circonstances, un motif de préférence en sa faveur. »
(18) HORSON, p. 95.
Add. MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 516.
(19) *Palais*, 1831, t. III, p. 394; DALLOZ, XXXI, 1, 200,

En effet, il fallait appeler les héritiers ou représentants des autres associés pour procéder à la nomination d'un liquidateur. Sans quoi, la liquidation ne pouvait s'opérer que par leur action collective (1).

1034. Lorsque l'associé liquidateur a été nommé par l'acte de société, il est irrévocable, à moins de stipulation contraire. C'est là une clause du contrat sans laquelle cet associé ne serait peut-être pas entré en société. On ne peut donc défaire sans sa volonté une convention de cette nature, qui, à raison des circonstances dans lesquelles elle est intervenue, n'a rien du caractère ambulatoire du mandat ordinaire (2).

Mais si le liquidateur avait justement perdu la confiance de ses anciens associés, sa révocation pourrait être obtenue du tribunal arbitral, ainsi que je le disais au nº 1030 (3).

1035. Il est évident, du reste, que la volonté des anciens associés serait sans aucune force pour révoquer le liquidateur nommé par justice.

1036. Mais le liquidateur nommé après la dissolution est révocable, comme le gérant nommé après la constitution de la société (art. 1856 du code civil).

1037. J'en dis autant du liquidateur étranger à la société, quand même il aurait été nommé par les statuts. Si tous les associés s'entendaient pour lui retirer ses pouvoirs, sur quelle considération pourrait-on se fonder pour mettre son mandat dans une classe à part?

1037 2° (4).

1038. On peut ne nommer qu'un liquidateur. On peut en nommer plusieurs.

On peut le nommer pour tout le temps de la liquidation; on peut le nommer pour un temps limité.

1039. Le liquidateur peut exiger une indemnité pour ses frais et son travail. Les associés en sont tenus solidairement envers lui par la règle de l'article 2002 du code civil (5).

1040. Maintenant, quelques observations suffiront pour dessiner la position du liquidateur, tant à l'égard des associés qu'à l'égard des tiers. Comme je le disais ci-dessus (6), les négociants, dans les circulaires qu'ils envoient à leurs correspondants pour annoncer la rupture de la société, ont coutume de dire que *la société ne subsiste plus que pour la liquidation*. Cette formule est vraie en ce sens que s'il n'y a plus de société pour faire le commerce, il y a prolongement des droits et des obligations de la société jusqu'au partage (7) : « *Finitur quidem societas, sed non obligatio societatis.* » A ces paroles du président Favre, que nous avons citées plus haut (8), on peut ajouter celles de Straccha, dont nous avons cru aussi à nous étayer ailleurs (9) : « *Societatis effectus durat*, EXTINCTA SOCIETATE, *donec pertinentia sint exacta.* » Le liquidateur se trouve donc placé entre deux idées contradictoires : la première, que la société est éteinte, et qu'il n'y a plus que des communistes (10); la seconde, que les effets de la société durent encore pour terminer ce qui est commencé. Mais, de ces deux idées, c'est la seconde qui prédomine, quand on veut assigner au liquidateur le rôle qu'il joue à l'égard des associés. Il représente la société plutôt que les sociétaires pour tous les effets dans lesquels elle se survit, pour ses obligations à remplir, pour ses droits à faire valoir. L'origine de ces droits et de ces obligations leur donne un caractère social (11), et ce caractère rejaillit sur celui du liquidateur. C'est pourquoi, quoiqu'on puisse dire, en un sens, qu'il est le mandataire des associés qui l'ont nommé (12), néanmoins, comme son mandat est, aussi, social dans la mesure que nous venons de signaler, nous le voyons tourner contre les associés eux-mêmes la rigueur de ses fonctions. Si, parmi les nombreuses obligations des associés envers la société (13), il en est quelques-unes qui n'ont pas encore été remplies, le liquidateur doit en poursuivre l'acquittement. Il est si peu le mandataire des associés débiteurs, qu'il devient leur adversaire. Et s'il y a quelque chose à payer à des associés créanciers, c'est à lui que ceux-ci s'adressent, non comme à leur mandataire, mais comme à un représentant du débiteur. Ainsi, il est tour à tour l'homme des associés, et leur contradicteur. Nous verrons même plus tard que les diligences faites contre le liquidateur n'interrompent pas la prescription à l'égard des anciens associés (14). Et cependant, nous avons dit, et nous ne nous rétractons pas, que, dans certaines circonstances, on doit juger les rapports du liquidateur

---

(1) E. PERSIL, p. 379; MALEPEYRE et JOURDAIN, nº 517.

Add. Où ils disent : « Cependant, si, aux termes de l'acte de société, l'associé resté seul était seul gérant, et si les actes de liquidation étaient de même nature que les actes de gestion, tout ce qu'il aurait fait comme liquidateur dans ces limites serait valable, pourvu, toutefois, qu'il eût fait les diligences nécessaires pour appeler les héritiers ou représentants de ses coassociés : il justifierait alors la continuation de son mandat par la nécessité de ne pas laisser périr les affaires de la société. Il en serait de même si, avant leur décès ou leur absence, ses coassociés lui avaient donné les pouvoirs nécessaires pour gérer seul. Dans l'un et l'autre cas, pour juger de la validité des actes de liquidation faits par l'associé resté seul, il faudra consulter les circonstances et les termes, soit des actes de société, soit des pouvoirs donnés par les associés morts ou absents. »

(2) MALEPEYRE et JOURDAIN, nº 520.

Add. Et cela même pour le cas de société anonyme; car, disent-ils, aucune loi ne s'y oppose (*ibid.*, nº 519).

(3) **Add.** Op. conf. de HORSON, t. I, p. 22 : « Pour le cas où d'après la position de cet associé au moment de la dissolution il existerait de justes motifs de craindre que l'actif ne périclitât dans ses mains. »

MALEPEYRE et JOURDAIN disent, nº 522 : « Si néanmoins les liquidateurs nommés par l'acte de société, ne sont pas associés, leur consentement ne sera pas nécessaire pour leur révocation, à moins qu'ils n'aient été parties au contrat. Mais tous les associés devront concourir à cette révocation, lors même qu'il s'agira d'une société anonyme, à moins qu'il ne résulte des énonciations de l'acte, que cette nomination n'a été faite que pour éviter la confusion dans l'intervalle de temps qui devrait nécessairement s'écouler entre la dissolution et la réunion de l'assemblée des actionnaires pour nommer les liquidateurs, et n'a point été considérée comme une des clauses irritantes du contrat. »

(4) **Add.** *Les liquidateurs peuvent être nommés sans terme défini.* — Ainsi l'enseignent MALEPEYRE et JOURDAIN, nº 518, où ils disent : « Les liquidateurs sont ordinairement nommés pour tout le temps que durera la liquidation, afin de donner plus d'unité à cette opération. Ils peuvent être nommés sans limitation de temps pour les sociétés anonymes, aussi bien que pour les autres. L'art. 31 du code de commerce déclare, il est vrai, temporaires et révocables les mandataires chargés d'administrer les sociétés anonymes; mais les liquidateurs ne sont pas chargés de l'administration de la société, puisque leur mandat ne commence que lorsque la société finit, et ne consiste qu'à liquider le droit de chaque associé. »

(5) Cassat., 17 juin 1823 (SIREY, XXIV, 1, 91).

(6) Nº 1004.

(7) *Junge* FRÉMERY, p. 69, note.

(8) *Suprà*, nº 892.

(9) Nº 895.

(10) *Suprà*, nº 1004.

(11) PAUL., l. 21, § 2, D. *de negot. gest.*; *suprà*, nº 895.

(12) *Suprà*, nos 1009, 1032, 1033, 1034, 1039.

(13) *Suprà*, art. 1843 et suiv.

(14) Art. 64 du code de commerce; *infrà*, nos 1050, 1051.

et des associés au point de vue du mandat. A quoi tiennent ces anomalies? C'est que le liquidateur a un caractère mixte; c'est qu'il soutient aussi la personne de la société éteinte, et la continue quelques instants encore à l'égard des associés.

1041. Pour qu'il puisse remplir ce dernier mandat, et imprimer aux opérations de la liquidation la célérité et l'unité désirables, les associés ne peuvent s'immiscer dans ses actes (1). Ils se sont dépouillés de toute action. Ils ne doivent pas troubler le liquidateur par une importune intervention. Il faut même décider que si la dissolution et la liquidation étaient notoires, et qu'un débiteur de la société eût payé entre les mains de l'un des associés non liquidateur, le payement pourrait être déclaré non libératoire (2). Autrement, la liquidation serait rendue inexécutable par une telle anarchie.

1042. Nous ne parlerons pas, du reste, des prétentions que la société peut élever contre les associés, et réciproquement. Toute cette matière a été expliquée avec de suffisants détails dans les art. 1843 et suivants.

1043. A l'égard des tiers, le liquidateur est également une continuation de la personne civile, dans tout ce qui tient à la conclusion des affaires commencées, et à l'accomplissement des obligations que les jurisconsultes nous représentaient tout à l'heure comme sociales, malgré la dissolution de la société (3). On saisit en lui l'ancienne société, dans ce qui reste de ses engagements et de ses ressources. Il a en mains toutes les valeurs sociales, et c'est à lui que s'adressent naturellement ceux qui veulent être payés sur ces valeurs. A quelques égards, ces valeurs ne sont pas encore la chose des associés pris individuellement. Je le répète : la personne sociale se soutient jusqu'au partage. Pareille à ce personnage fantastique du Bojardo, qui, quoique mort, combattait encore, la société, quoique éteinte, se survit pour certains actes.

Ainsi, deux points sont ici dominants : prorogation de la personne civile pour acquitter les obligations déjà contractées, et faire valoir les droits déjà acquis; représentation de cette personne par un mandataire distinct des anciens gérants, ayant d'autres droits, d'autres devoirs, une autre origine, prenant les choses à peu près comme un héritier bénéficiaire, sans succéder de sa personne aux obligations existantes.

1044. Toutefois, la présence d'un liquidateur n'exclut pas une action directe de la part des tiers contre les associés individuellement et personnellement tenus (4). L'article 64 du code de commerce est formel à cet égard (5). Nous reviendrons bientôt sur ce point (6).

1045. Avant tout, nous avons besoin de mieux préciser en quelle manière le liquidateur est affecté par les condamnations que des tiers obtiennent contre lui.

Une distinction est nécessaire.

Si le liquidateur est un simple mandataire, étranger à l'ancienne société, il ne peut être atteint que jusqu'à concurrence des valeurs dont il est détenteur. Il peut bien être contraint par corps; mais ce n'est que pour la représentation des sommes provenues ou à provenir de la liquidation. Du reste, il n'est pas tenu sur ses biens; il ne doit compte que de ce qu'il a reçu.

Si le liquidateur est un ancien associé, il faut sous-distinguer. Associé ordinaire, on pourra conclure contre lui tant en sa qualité de liquidateur qu'en sa qualité d'associé, et alors il sera tenu personnellement, sur ses biens, dans la mesure fixée par le code civil ou par la loi commerciale. Comme liquidateur, il devra payer avec les valeurs de la liquidation; comme associé, il devra payer avec ses propres ressources (7).

Que si l'on a choisi pour liquidateur un ancien commanditaire, il ne sera jamais tenu que comme un simple comptable, dès l'instant qu'il aura versé sa mise.

1046. On a cru (8) que la première branche de cette sous-distinction avait été condamnée à tort par un arrêt de la cour de Montpellier, confirmé par la cour de cassation le 8 avril 1828. Mais je suis loin de donner à cette décision la portée qu'on lui attribue; les tribunaux n'ont pas toujours la liberté d'examiner les thèses de droit dans leur étendue scientifique. Ils sont souvent liés par les conclusions des parties, et quand celles-ci n'ont pris que l'un des côtés d'une question ou d'un rapport juridique, on ne saurait reprocher aux juges de n'être pas sortis de ce cercle trop restreint.

Écoutons les faits.

Un commanditaire avait prêté à la société dont il faisait partie une somme de 61,000 fr. indépendamment de sa mise qu'il avait versée en entier. La société s'étant dissoute, le gérant fut nommé liquidateur, et le commanditaire l'assigna en remboursement des 61,000 francs. En quelle qualité fut-il assigné? Est-ce tant en son nom personnel que comme liquidateur? ou bien comme liquidateur seulement? La précision sur ce point était de la plus haute importance dans les conclusions. La suite va nous prouver que la demande avait laissé à l'écart l'obligation personnelle du défendeur pour se préoccuper exclusivement de sa qualité de liquidateur.

Sentence arbitrale qui condamne le liquidateur, même par corps, à rembourser *hic et nunc* la somme prêtée. Comme cette décision avait omis d'accorder les intérêts, le commanditaire se pourvut par appel devant la cour royale de Montpellier, et là, par arrêt du 28 août 1826, le liquidateur fut condamné par corps à payer *hic et nunc* le capital et les intérêts.

Le commanditaire crut qu'il n'avait qu'à faire exécuter une décision qui lui semblait précise. Mais le débiteur, frappé d'un commandement, soutint que, n'ayant été condamné qu'en sa qualité de liquidateur, il ne pouvait être contraint par corps qu'autant qu'il ne verserait pas *hic et nunc* les sommes arrivées entre ses mains par l'effet de la liquidation; mais que, sur ses biens personnels, il était exempt de toutes recherches, puisqu'il n'avait été ni poursuivi ni condamné comme obligé personnel.

---

(1) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 534.

(2) *Ibid.*

(3) N° 1040.

(4) Add. MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 540 : « La solution de cette question, qui ne se présentera qu'à l'égard des associés, soit en nom collectif, soit en participation, et non à l'égard des commanditaires ou des actionnaires des sociétés anonymes, ne peut être douteuse en présence de l'article 64 du code de commerce. »

(5) Toulouse, 7 août 1834.

(6) Add. MALEPEYRE et JOURDAIN disent, n° 539 : « Cependant il est bon de remarquer que, jusqu'à ce que les liquidateurs aient été nommés, les gérants continuent à représenter la société, non en ce sens qu'ils puissent en continuer les opérations, mais en ce sens qu'on peut exercer contre eux les actions que l'on a contre la société. C'est la loi de nécessité; car il faut que les tiers puissent toujours s'adresser à quelqu'un, et ils ne connaissent que les gérants, tant qu'ils ne sont pas remplacés par des liquidateurs. »

(7) Add. Op. conf. de HUSSON, t. I, p. 51.

(8) HUSSON, p. 52.

Un jugement du tribunal civil adopta ce système. Arrêt confirmatif de la cour royale de Montpellier, par la raison que la sentence arbitrale ayant condamné *seulement la liquidation* en la personne du liquidateur, ce liquidateur n'était contraignable par corps que pour la représentation des produits de la liquidation, et que c'était en ce sens que cette sentence arbitrale devrait être entendue.

Enfin, un pourvoi en cassation ayant amené les parties devant la chambre des requêtes, un arrêt de rejet du 8 avril 1828 décida très-bien que la cour royale de Montpellier, en interprétant le sens de son premier arrêt, et en décidant que l'ancien gérant avait été condamné comme liquidateur *et non personnellement*, n'avait violé aucune loi.

Si, dans cette affaire, un reproche devait être adressé à quelqu'un, ce ne serait pas aux magistrats, mais au créancier qui avait formulé sa demande d'une manière incomplète. Si, au lieu de poursuivre le liquidateur dans sa seule qualité de liquidateur, il l'avait actionné aussi comme associé, nul doute qu'il n'eût obtenu ce qu'il désirait. Il n'y a pas de tribunal qui n'eût aperçu sur-le-champ que, bien que la société fût dissoute, les obligations sociales duraient toujours (1) et que l'ancien gérant d'une société de commerce est débiteur indéfini, solidaire (2), contraignable par corps, des engagements sociaux. Mais le créancier ayant laissé en dehors la personne de l'associé pour ne voir que le liquidateur, que pouvaient faire les tribunaux? aller au delà des conclusions? prononcer une condamnation qu'on ne leur demandait pas?

Je ne puis donc partager l'opinion de Horson, qui a vu un mal jugé dans le second arrêt de la cour de Montpellier. La cour a pris la question telle qu'elle avait été originairement posée par le demandeur; elle a interprété les conclusions, et voilà tout; mais elle n'a pas commis l'énorme erreur de déclarer qu'un associé, par cela seul qu'il est liquidateur, n'est plus qu'un dépositaire affranchi des obligations sociales.

1047. On remarquera, au surplus, que la qualité d'ancien commanditaire du demandeur n'aurait rien changé au résultat, s'il eût compris dans ses poursuites contre le liquidateur la personne de l'associé (3). Ce n'est pas comme commanditaire qu'il agissait et pour le retrait de sa mise avant la liquidation; c'est comme créancier, comme prêteur au delà de son apport, comme tiers. Cette seconde qualité était indépendante de celle de commanditaire.

1048. Ainsi donc, la liquidation laisse subsister toutes les actions des tiers contre l'ancienne société; ils peuvent exercer ces actions tant contre les ci-devant associés, leurs veuves, héritiers et ayants cause, que contre le liquidateur, en tant que comptable des valeurs sociales; et si ce liquidateur est en même temps un ancien associé, ils peuvent le poursuivre tant en son nom personnel que comme liquidateur, pour obtenir une double condamnation. L'arrêt de Montpellier est une preuve du soin avec lequel les conclusions doivent être libellées à cet égard (4).

1048 2° (5).

1048 3° (6).

1049. Mais ce n'est pas seulement dans sa portée que l'action contre le liquidateur diffère de l'action

(1) *Suprà*, no 1040.

(2) STRACCHA, decis. 46 *rotæ Genuæ; suprà*, no 491.

(3) **Add.** Op. conf. de HORSON, t. 1, p. 51.

(4) **Add.** *Jurisprudence.* — Les jugements et autres titres exécutoires contre une société en commandite ne peuvent être mis à exécution sur les biens de l'associé commanditaire qui a mis dans la société les fonds qu'il s'était obligé d'y mettre (Brux., 25 mars 1826; J. de B., 1826, 1, 357; Jur. du XIXe siècle 1826, 3, 216; DALLOZ, XXV, 358).

(5) **Add.** *Avant d'agir contre les associés faut-il mettre la liquidation en demeure?* — MALEPEYRE et JOURDAIN disent sur ce point, no 541 : « Mais il s'élève aussitôt une autre question, celle de savoir si, avant de poursuivre les associés, les tiers doivent nécessairement mettre la liquidation en demeure. Nous ne voyons rien dans la loi qui les y oblige. Pendant la durée de la société, les tiers doivent s'adresser d'abord à la société, dans les personnes des gérants, et les mettre en demeure de satisfaire à ses obligations, parce qu'ils ont traité par l'intermédiaire des gérants, avec l'être collectif qui a un domicile déterminé et connu, auquel la loi oblige de les assigner, et que l'engagement personnel des associés n'est en quelque sorte que subsidiaire. Mais, après la dissolution, il n'y a plus de gérants avec lesquels les tiers aient traité, plus de domicile social où ils doivent assigner la société, et même plus de société à assigner; il ne reste plus que des associés. Il est bien vrai que, pendant la liquidation, il continue d'exister une communauté d'intérêts entre les associés; que, tant qu'elle dure, les liquidateurs sont les représentants des associés; mais ils ne le sont qu'en qualité de mandataires chargés de payer les dettes et de rendre l'actif liquide, et non, comme les gérants, de représenter l'être collectif qui a cessé d'exister dès que la société a été dissoute; or, cela ne suffit pas pour obliger les tiers qui ont traité avec la société pendant son existence, à s'adresser aux liquidateurs. Il serait néanmoins à désirer que les associés fussent astreints à mettre la liquidation en demeure avant de s'adresser aux associés. Cette obligation ne causerait aucun préjudice aux créanciers, puisqu'ils auraient toujours leur action contre les associés, en cas de refus de payer de la part des liquidateurs, sans besoin de discuter la liquidation; elle serait d'ailleurs juste, puisque si, pendant la liquidation, il n'y a plus de société proprement dite, cependant toutes les ressources de la société sont entre les mains des liquidateurs, et les tiers trouvent avec eux autant de chances d'être payés qu'ils en avaient avec les gérants. S'adresser de prime abord à l'associé, c'est le mettre, souvent sans utilité, dans la nécessité d'exercer une action récursoire contre la liquidation pour être remboursé, et nécessiter ainsi deux payements pour la même dette, sans compter que l'associé qui n'a pas dans les mains les documents relatifs aux affaires sociales ne pourra, dans le plus grand nombre de cas, payer qu'après avoir pris des renseignements auprès des liquidateurs. Il serait donc à désirer que les usages commerciaux obligeassent les créanciers des sociétés à ne s'adresser aux associés, même après la dissolution, mais pendant la liquidation, qu'après avoir mis les liquidateurs en demeure de payer. »

(6) **Add.** *L'associé qui a été attaqué par un créancier peut-il être repoussé par le liquidateur lorsque cet associé exerce son recours sur la caisse sociale, dans le cas où le créancier a fait remise au liquidateur de partie de la dette de celui-ci?* — VINCENS, t. I, p. 373, pose et résout ainsi la question : « Le créancier, en vertu de la solidarité, peut attaquer à son choix un ou plusieurs des ci-devant associés, liquidateurs ou non. On peut supposer que, par connivence ou par faveur, il ne demandera à l'un que la moitié de la dette, déclarant faire remise de la seconde moitié à un autre. Si celui-ci est le liquidateur, pourra-t-il refuser, à l'associé qui a payé, de lui laisser prendre son remboursement dans la caisse de la liquidation?

» Pour bien sentir l'intérêt de cette question, il faut concevoir que la caisse peut être suffisante pour payer tous les engagements. En ce cas, il importe à un associé de ne pas être soumis à des appels inutiles de nouveaux fonds : il le serait cependant dans cette occasion, sous prétexte que si l'un a déboursé, l'autre rapporte une quittance de sa portion, qui équivaut à un versement pareil, et qu'ainsi ils sont égaux et n'ont rien à se demander. Cela serait vrai, s'il n'y avait qu'une dette; mais il y en a plusieurs, et il existe une caisse commune destinée à les éteindre. Si, sans y recourir, on opère le payement distinct de chaque créance passive, et qu'on ne rembourse pas les parts contributives que le débiteur non liquidataire aura été contraint de fournir, il aura déboursé doublement; les fonds qu'il a fournis ou versés dans le

contre l'ancien associé, c'est encore dans sa durée. Ici se présente une spécialité remarquable du droit commercial.

Lorsqu'une société de commerce a été dûment publiée et enregistrée, et qu'elle se termine par l'expiration du terme convenu, toutes les actions contre les associés non liquidateurs, leurs veuves, héritiers et ayants cause, sont prescrites cinq ans après la dissolution de la société (art. 64 du code de commerce).

Bien plus, si la dissolution survenue par mort, retraite, cessation volontaire, faillite, etc., a été affichée et enregistrée conformément aux articles 42, 43, 44 et 46 du code de commerce, les actions contre les associés non liquidateurs, leurs veuves, héritiers et ayants cause, se prescrivent par cinq ans après l'accomplissement de ces formalités (art. 46 du code de commerce) (1).

Ces dispositions ont été introduites par l'intérêt du commerce, qui exige que les associés ne restent pas exposés pendant trente ans à la crainte de poursuites. Quel est le négociant retiré d'une société, qui entreprendrait avec sécurité de nouvelles affaires, si trente années seules pouvaient le mettre à l'abri de recours inattendus? De quel crédit jouirait-il au dehors, si on le savait exposé à de si longues et si redoutables recherches (2)?

Quant au liquidateur, c'est autre chose; l'action contre lui dure trente ans; les valeurs sociales qu'il a entre les mains sont un gage qui appartient aux créanciers, et qu'il ne faut pas trop brusquement enlever à ceux-ci (3).

Telle est la combinaison introduite par l'article 64 du code de commerce; elle est sortie de vives discussions; elle a triomphé d'une forte résistance. A mon sens, elle concilie, par des ménagements opportuns, les intérêts du crédit et ceux des tiers.

1050. Il en résulte une conséquence importante : c'est que, dans la situation réglée par l'article 64 du code de commerce, la prescription n'est pas interrompue à l'égard des associés non liquidateurs par les poursuites dirigées contre l'associé liquidateur : elle ne peut être interrompue que par des poursuites régulières intentées contre les non-liquidateurs directement.

1051. Cette distinction si nettement tranchée entre le liquidateur et les associés, fait surgir une grave question.

Quand le liquidateur est en même temps un associé, est-il tenu pendant trente ans aussi bien comme obligé personnel que comme liquidateur? ou bien, l'obligation personnelle est-elle éteinte au bout de cinq ans, et n'y a-t-il que l'obligation du comptable qui dure trente ans?

L'article 64 offre un argument de texte qui favorise la réunion des deux actions dans une seule prescription. En effet, en introduisant la prescription de

---

caisse sociale pour éteindre ces mêmes obligations resteront sans emploi; et cette caisse étant aux mains du liquidateur, celui-ci deviendra reliquataire, risque qu'il importe à l'autre associé de ne pas courir. Celui qui a obtenu une remise doit bien faire prendre pour argent comptant à ses coobligés, et sur sa part, la quittance dont il a été gratifié; mais on ne voit pas qu'il en résulte pour eux la nécessité de se mettre en avance d'une somme semblable, lorsqu'ils ont déjà les fonds dans la caisse. C'est à cette caisse que celui qui a reçu quittance doit en faire état en fin de compte à son profit; mais elle ne lui donne pas le droit de faire de la créance qui s'y rapporte une liquidation séparée. Si c'est pour lui l'équivalent d'un apport nouveau qu'il ferait à la société, ce n'est pas une raison d'obliger son associé à y verser aussi sa portion égale d'une mise de surérogation, ou, ce qui revient au même, à en souffrir le déboursé.

« On m'assure que la question s'étant présentée, une cour a jugé que le refus du liquidateur était fondé; je n'ai pas la décision sous les yeux, mais on paraît avoir considéré que la société étant finie, et la dette n'étant point indivisible, l'obligation, quoique contractée solidairement envers le créancier, se divise de plein droit entre les débiteurs qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion; or, dans le cas supposé, une de ces portions a été remise. Je connais les lois qui prononcent que les associés sont solidaires dans le commerce et non dans les sociétés civiles, celles qui les laissent soumis pendant leurs liquidations aux mêmes obligations, à la même juridiction de tribunaux et d'arbitres que pendant leur société active, qui y soumettent après leur mort leurs héritiers. Je ne connais point de disposition qui change la nature ou la force de ces obligations pendant que la société se liquide. Je vois, au contraire, que si une dette commerciale était censée devenir civile à cette époque, le créancier ne pourrait prétendre que la part et portion de chacun, ce qu'apparemment on ne soutiendra pas, et ce qui serait contraire aux règles précises du code de commerce, mais même suivant les principes invoqués, l'obligation susceptible de division doit être exécutée, comme si elle était indivisible. La division n'a pas lieu entre les débiteurs comme le sont les associés tous ensemble, elle ne commencerait qu'entre leurs héritiers; encore cette exception n'est pas admise quand il résulte de la fin qu'on s'est proposée dans le contrat, une intention contraire. Or, le créancier d'une société ne s'est pas contenté de stipuler que chaque associé viendrait lui en payer sa part, il a entendu recevoir le tout de tous. Les associés, à leur tour, n'ont point entendu payer chacun leur part hors de la caisse sociale chargée de tout acquitter; la caisse de la liquidation a la même destination encore. Le créancier qui, au surplus, n'a fait qu'user de ses droits et qui est absolument désintéressé dans cette discussion, peut bien ne demander qu'une portion de la dette; mais quelque remise qu'il ait faite à l'un, ce qu'un autre aura été contraint de payer me semble encore une portion du tout à la charge de la caisse commune qui doit en rembourser l'avance. »

(1) **Add.** *Jurisprudence.* — Cette prescription de cinq ans s'applique également à l'associé retiré, à compter de sa retraite, lorsqu'elle a été rendue publique dans les mêmes formes que la dissolution (7 juin 1830, cour de cassation de France; SIREY, XXX, 1, 194).

Add. PARDESSUS ajoute, no 1089 : « La qualité de la dette ou du créancier ne modifie point cette règle; il importe peu que le créancier eût des droits liquides, ou sujets à débat et susceptibles d'examen, à moins que la créance ne fût conditionnelle, ou dépendante d'un événement, parce qu'alors la prescription ne commence qu'à l'instant de cette condition ou de cet événement. Ce délai court même contre les mineurs, conformément à ce que nous avons dit précédemment, et l'on ne peut demander le serment des prétendus débiteurs, sur le point de savoir si la dette subsiste encore, ou non, puisque précisément cette incertitude est la cause de la prescription. »

Op. conf. de DALLOZ, *Société*, ch. II, sect. I, art. 4, no 8; il y considère comme une erreur l'opinion contraire de REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely), qui ne fait courir la prescription que du jour où la créance est liquide.

PARDESSUS dit encore, no 1090 : « Quelquefois, à la dissolution d'une société, l'un des associés se charge, moyennant une somme que lui remettent les autres, d'en acquitter toutes les dettes. Cette convention est étrangère aux créanciers, qui n'en ont pas moins le droit d'agir contre chacun des associés comme il vient d'être dit; mais si un créancier ayant confié à ce liquidateur une procuration pour recevoir toutes ses créances sans distinction, celui-ci donnait quittance à ses associés, ou si, de toute autre manière, le créancier prenait ce liquidateur pour son unique débiteur, les autres associés seraient valablement libérés. »

(2) LOCRÉ sur l'art. 64 du code de commerce, t. I, p. 258.

(3) Voy. MERLIN, *Quest. de droit*, vo *Société*, § 11, col. 1 *in fine*.

Add. Op. conf. de MALEPEYRE et JOURDAIN, no 544.

cinq ans au profit de l'associé non liquidateur (notez bien qu'il ne parle que de celui-ci), il semble l'exclure au profit de l'associé liquidateur qui reste sous l'empire du droit commun; car aucune position spéciale ne lui est faite. Telle est l'opinion de Pardessus (1) et de Vincens (2) : mais elle a été attaquée avec des arguments très-spécieux par Malepeyre et Jourdain (3).

Voici à peu près le thème de leurs objections :

Si l'associé liquidateur est tenu personnellement pendant trente ans, tous les dangers que le conseil d'État voulait écarter vont se présenter à son égard. Ce liquidateur perdra son crédit; il ne pourra entreprendre avec confiance aucune affaire; les fonctions de liquidateur seront un sujet de crainte pour quiconque y sera appelé.

Bien plus! si le liquidateur, poursuivi après cinq ans sur ses biens personnels, paye ce qu'on exige de lui et ce que la caisse ne pouvait acquitter, il aura certainement un recours en garantie contre ses coassociés. Car, comment supposer que ceux-ci pourront lui opposer la prescription de cinq ans dont parle l'article 64 du code de commerce? Personne n'admettra que celui qui s'est dévoué pour les intérêts sociaux, qui leur a consacré ses soins et son travail, sera, après cinq ans, sans recours contre ses mandants, et que le poids de toutes les dettes pèsera exclusivement sur lui. Que deviendraient les lois du mandat, qui veulent que le mandataire soit indemnisé de tout ce qu'il a déboursé pour l'affaire dont il avait été déchargé? Que deviendrait surtout cette égalité si vantée entre associés? Qui voudrait être liquidateur à ce prix?

Donc, le liquidateur aura son recours contre ses coassociés, et la prescription quinquennale ne sera opposable qu'aux tiers créanciers.

Mais alors voici ce qui arrivera : c'est que les coassociés non liquidateurs seront obligés de payer d'une main ce que l'article 64 les dispense de payer de l'autre; c'est qu'on leur retirera indirectement le bénéfice de la libération que cet article leur accorde directement. On détruira ce qu'il accorde.

D'ailleurs, dans la discussion du conseil d'État, on a constamment supposé que le liquidateur n'était contraignable que comme débiteur des valeurs de la liquidation (4).

Ainsi parlent nos auteurs, et ces raisons ne sont pas sans force.

Cependant, je ne puis me décider à les adopter; car l'article 64 du code de commerce les repousse invinciblement, et l'on arriverait à créer en faveur de l'associé liquidateur une prescription arbitraire, exceptionnelle, sans que l'exception soit écrite dans aucune loi.

En droit commun, la prescription est de trente ans; pour la réduire à un moindre temps, il faut une disposition particulière (articles 2262 et 2264 du code civil). Où est cette disposition? J'en lis bien une dans l'article 64 du code de commerce, en faveur des associés non liquidateurs; mais, en ce qui touche les associés liquidateurs, cet article est muet. Je ne tirerai pas avantage de la maxime si souvent trompeuse *Qui dicit de uno, de altero negat*. Je concéderai qu'il n'y a pas exclusion expresse du liquidateur; mais tout au moins il y a silence, et c'est ce silence qui le laisse sous le droit commun. Quelques phrases empruntées à la discussion du conseil d'État ne peuvent suppléer à l'absence de cette loi toujours nécessaire pour substituer une prescription abrégée à la prescription ordinaire.

Maintenant, j'accorde que l'associé liquidateur, personnellement recherché après cinq ans, aura une action récursoire contre ses coassociés; l'opinion qui la lui refuserait serait inique et absurde. Jamais les principes d'égalité en fait de société, jamais les principes d'équité en fait de mandat, ne permettront d'opposer entre associés la prescription quinquennale (5). Cette prescription n'est une arme que contre les recherches tardives venues du dehors. Mais de là je ne conclus pas, avec Malepeyre et Jourdain, que les associés non liquidateurs perdent le bénéfice que l'article 64 leur attribue; car il y a une grande différence entre l'action directe des tiers et l'action récursoire de l'associé liquidateur : l'exemption de celle-là est un bienfait réel que ne détruit pas l'exercice de celle-ci. D'abord, les coassociés en nom collectif auraient pu être poursuivis solidairement et pour le tout : mais, par l'effet du recours en garantie, leur coassocié ne peut plus leur demander que leur part et portion. Nos auteurs croient-ils que ce soit là un médiocre avantage? De plus, l'action directe les aurait obligés à payer sur-le-champ, sans objection comme sans division. Mais, sur l'action récursoire, ils peuvent opposer à leur coassocié toutes les exceptions personnelles qui militeront contre lui. Il n'en faut pas davantage, dès lors, pour trouver à l'article 64 une grande utilité, et en mettre le sens réel d'accord avec le sens apparent (6).

1052. Si ces raisons sont considérées comme devant l'emporter, on sera conduit à faire un second pas et à décider que, dans les sociétés qui n'ont pas de liquidateurs, la prescription quinquennale n'a pas lieu. Pourquoi? c'est qu'alors tous les associés sont saisis collectivement de l'actif social; c'est que la liquidation appartient à tous, et que chaque associé étant liquidateur, il n'y a plus d'exception pour personne (7).

Et, par une raison inverse, la prescription n'aura pas lieu non plus dans le cas de faillite; car alors l'actif social a disparu; il n'y a plus de fonds sociaux sur lesquels les créanciers puissent se pourvoir (8).

1053. Dans les observations qui précèdent, nous

---

(1) T. IV, n° 1090.

(2) P. 372.

(3) N° 545.

(4) **Add.** Voir cette discussion *Commentaire du code de commerce*, sous l'art. 64.

(5) MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 11, n° 5.

(6) **Add.** C'est ce qui fait dire à PARDESSUS, n° 1089 : « Les créanciers qui ne sont plus à même d'agir contre ces derniers directement, peuvent même les poursuivre du chef du liquidateur; mais il y a une grande différence entre cette action et celles qu'ils exerceraient si la prescription n'était pas acquise. Dans ce dernier cas les non-liquidateurs poursuivis ne pourraient leur opposer que les exceptions inhérentes à la dette, ou qui seraient personnelles à eux-mêmes; lorsqu'au contraire les créanciers agissent du chef du liquidateur, les associés qu'ils poursuivent ainsi peuvent faire valoir toutes les exceptions qu'ils auraient pu opposer à ce liquidateur; par exemple, qu'il avait reçu des fonds, ou fait des recouvrements suffisants pour payer, ou même qu'il y a matière à des compensations particulières; en un mot au lieu des droits des créanciers de la société, les tiers n'auraient plus, dans ce cas, que ceux de créanciers personnels du liquidateur. »

Op. conf. de DALLOZ, *Société*, ch. II, sect. I, art. 4, n° 10, où il ajoute : « Au surplus l'art. 64 exprime suffisamment que la prescription ne s'applique point aux actions que les associés ont les uns contre les autres. »

(7) VINCENS, p. 372, 373; surtout MERLIN, *Quest. de droit*, v° *Société*, § 11, col. 2, n° 2; PARDESSUS, n° 1089.

(8) MERLIN, *loc. cit.*

avons mis les tiers en présence de la liquidation pour les droits qu'ils tiraient de l'ancienne société. Mais que dirons-nous de leur position à l'égard des liquidateurs pour les droits nouveaux que ceux-ci leur auront conférés ?

Pour se faire de justes idées à cet égard, il faut supposer que les tiers n'ont pas été induits en erreur sur la dissolution et qu'ils n'ont pas eu de bonnes raisons pour croire à l'existence de la société. On a vu ci-dessus, numéro 903, que l'erreur de fait protége, dans ce cas, les droits qu'ils ont acquis postérieurement à la dissolution (1). — Ici nous supposons que les tiers ont su qu'ils contractaient avec des liquidateurs.

Eh bien ! nous l'avons dit, le liquidateur n'est qu'un mandataire, et le pouvoir du mandataire est fixé par son mandat.

Si donc les tiers ne veulent pas se compromettre, il faut qu'ils se fassent représenter le mandat du liquidateur (2); toutes les fois que ce dernier n'aura pas de pouvoirs exprès, les tiers ne devront le considérer que comme capable des actes permis par le droit commun dans la procuration générale pour une certaine affaire. Nous avons déjà fait connaître ces actes (3).

1054. Cependant, si la liquidation avait profité du traité fait avec le liquidateur, les associés en seraient tenus jusqu'à concurrence du profit qu'elle en aurait retiré (4).

1055. Dans les démêlés que les tiers pourront avoir avec la liquidation, ils suivront le domicile élu dans l'acte de dissolution; sinon, ils assigneront les liquidateurs, soit à leur domicile privé, soit à l'ancien domicile social, dans le cas où la liquidation n'aurait pas transporté ailleurs le siége de ses opérations (5).

1056. Le système de liquidation dont nous venons de rendre compte, introduit par les usages du commerce, n'appartient pas de plein droit aux sociétés civiles (article 1872). Il ne peut y être adapté que par la puissance de la convention; et encore faut-il tenir compte de l'existence des incapacités, minorités, absences, qui forceraient à rester sous l'empire de la législation propre aux partages des successions. Dans les sociétés civiles, qui, autrefois, avaient la plus d'importance, par exemple, dans les sociétés agricoles, ces règles du droit commun étaient beaucoup plus à leur place que dans les sociétés de commerce (6). On y retrouvait, en effet, cet esprit de propriété et de conservation qui avait environné de tant de précautions minutieuses les partages de successions. C'est à ces sociétés agricoles que la jurisprudence a emprunté l'idée formulée dans l'article 1872. Elle n'est peut-être pas en harmonie avec un grand nombre de sociétés civiles préoccupées d'autres intérêts.

1057. Il y a cependant, dans le titre des partages en matière de succession, quelques dispositions que la nature des choses rend inapplicables au partage des successions (7).

D'abord, je ne pense pas que l'apposition des scellés y soit nécessaire. Au moment de la dissolution, il y a souvent une suite à donner aux affaires (art. 1868), et l'apposition des scellés paralyserait tout.

1058. Il faut aussi rayer l'art. 815, d'après lequel nul n'est tenu de rester dans l'indivision : non pas que le principe de cet article soit étranger à la société; mais il est reproduit au titre *Des sociétés* dans les art. 1865, § 5, et 1869, avec l'accommodement nécessaire à ce contrat; et, dès lors, il n'a pu être dans la pensée du législateur de renvoyer ailleurs pour régler ce qu'il avait déjà réglé. Nous avons vu ci-dessus dans quelle erreur l'oubli de cette observation a entraîné Duranton (8).

1059. Écartons aussi l'article 841 qui maintient le retrait successoral (9). Lorsque l'article 1861 permet à un associé de céder sa part à un tiers, ce n'est probablement pas pour permettre aux associés d'enlever à ce tiers le bénéfice de son contrat. L'intérêt des familles doit faire écarter du partage l'étranger qui vient troubler son repos; mais la présence d'un étranger au partage d'une société n'a rien d'effrayant. La société finie, les associés sont étrangers les uns aux

---

(1) **Add.** MALEPEYRE et JOURDAIN ajoutent, n° 545 : « Lorsque la société sera dans la nécessité de remplir un engagement contracté envers des tiers par les gérants, postérieurement à la dissolution, mais avant la publication, elle aura un recours contre les gérants qui auront agi sans autorisation. »

(2) HORSON, p. 39.

(3) *Suprà*, n°s 1009 et suiv.

(4) MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 542.

(5) Paris 13 février 1808 (SIREY, VII, 2, 1203); collect. nouvelle de VILLENEUVE, t. II, p. 347; VINCENS, p. 377, n° 13; MALEPEYRE et JOURDAIN, n° 546.

Add. Ces auteurs ajoutent quant aux assignations aux associés : « Le domicile social n'existe plus dès que la société est dissoute, en sorte que les tiers ne peuvent plus actionner les associés au domicile social, mais bien au domicile privé de chacun d'eux. »

Jurisprudence. — Le liquidateur d'une société entre des individus domiciliés en Suisse, ne peut, bien que l'acte ait été passé en France, être cité dans ce dernier pays (26 août 1835. Civ. c., Bordeaux. DALLOZ, XXXVI, 1, 14).

Voy. ci-dessus, n° 1004 à la note.

(6) Voy. par exemple, LEBRUN, *Des sociétés tacites*, p. 631.

Add. Op. conf. de VINCENS, t. I, p. 361, où il dit : « Les sociétés civiles auxquelles les dispositions du code se rapportent plus particulièrement, fondées ordinairement sur des propriétés immobilières, gages spéciaux de leurs débiteurs, ont peu de rapports avec les sociétés de commerce dont le passif n'admet ni délibération ni retard, aussi a-t-on vu des arrêts reconnaître que c'est particulièrement pour les liquidations qu'on doit invoquer cette disposition du code civil, suivant laquelle les règles qu'il impose aux sociétés en général ne s'appliquent à la société commerciale qu'en ce qui n'est pas contraire aux lois et usages du commerce. La liquidation d'une telle société, a dit un arrêt, est une opération de commerce, et non le partage d'une chose commune dans les formes civiles. »

(7) **Add.** *Jurisprudence.* — Le partage entre associés civils n'est assimilé par la loi au partage entre cohéritiers que quant aux dispositions qui règlent les formes du partage et les rapports des copartageants entre eux, et non quant à ses effets (code civil, art. 1872). (20 novembre 1834. Cass. de France, req. DALLOZ, XXXV, 1, 35.)

— Le privilége d'exploitation d'un théâtre ne constitue pas une propriété libre et indépendante. En conséquence l'associé propriétaire d'actions sur un théâtre détruit par cas fortuit ne peut exiger que la vente des priviléges et accessoires de ce théâtre soit faite d'après les formes judiciaires tracées pour les ventes mobilières d'objets indivis, ni se refuser par ce motif d'adhérer à la cession amiable que les autres actionnaires veulent consentir à un tiers, alors que le gouvernement, usant du droit qui lui appartient, n'a accordé à la société la faculté de disposer du privilége théâtral que dans un délai très-court (13 juillet 1841. Req., Paris, Laurey. DALLOZ, XLI, 1, 265).

(8) *Suprà*, n° 968.

Add. Op. conf. de DUVERGIER, n° 473.

(9) E. PERSIL, p. 49; DURANTON, t. XVII, n° 443; DUVERGIER, n° 472. *Contrà*, PARDESSUS, n° 1085; DELVINCOURT, t. III, p. 236, notes.

Add. Et *Inst. de droit commercial*. *Junge* MAZERAT sur DEMANTE, n° 579 : « Il y a, dit-il, identité de motifs. »

autres; qu'importe que l'un d'eux soit remplacé par un étranger (1)?

1060. Mais rien ne défend de stipuler, dans les statuts d'une société, que, si l'un des associés vendait sa part, les autres auraient la préférence (2).

1061. L'art. 882 n'a pas non plus été transporté dans la société. Si, en matière de partage de succession, le législateur a voulu que le partage consommé sans opposition ne pût être attaqué, c'est que c'eût été porter le trouble dans les familles; mais ce motif n'existe pas dans le partage d'une société (3).

1062. Mais, à part ces exceptions, l'on retombe dans tout ce qui a trait à la forme du partage des successions et aux obligations qui en dérivent.

1062 2° (4).

1062 3° (5).

1062 4° (6).

1063. Un des principes les plus saillants sur les effets du partage, c'est qu'il est déclaratif et non translatif. J'ai touché ailleurs (7) l'origine de ce principe, contraire au droit romain, et Championnière, auteur du savant *Traité des droits d'enregistrement*, en a exposé le développement historique avec beaucoup d'érudition (8).

Il suit de là que, par le partage, chaque associé est censé avoir été propriétaire des choses comprises dans son lot, depuis qu'elles sont entrées dans la société (9).

Par exemple : notre société se compose d'une maison qui constituait mon apport, d'une prairie qui était dans le vôtre, et de terres labourables que nous avons achetées pour le compte de cette société. Si, par le

---

(1) **Add.** *Jurisprudence.*—Décidé que l'art. 841 du code civil qui autorise le retrait en matière de succession ne s'applique pas au cas de société (7 juillet 1836. Paris. Greffulhe. DALLOZ, XXXVI, 2, 135).

(2) *Suprà*, no 347, statuts de la compagnie d'assurance pour risques maritimes.

Add. On lit dans DUVERGIER, no 474 : « Voy. Duranton, t. XVII, no 443; voy. en sens contraire, Delvincourt, t. VII, p. 313, et Pardessus, no 1085. Duranton cite un arrêt rapporté par Dalloz, vo *Société*, p. 764, sans indication de date, ni de la cour qui l'a rendu, qui aurait jugé qu'on ne peut pas même stipuler le droit de retrait entre associés. Duranton blâme avec raison une pareille décision; il est certain, en effet, que sous l'empire du code civil, nonobstant l'abolition du retrait de société prononcée par la loi du 13-18 juin 1790, est légale et valable la convention faite entre associés, que si l'un d'eux cède ses droits à un tiers, les autres pourront écarter le cessionnaire, en lui remboursant le prix de la cession. »

(3) Cassat., 20 novembre 1834 (SIREY, XXXV, 1, 131). *Contrà*, Paris, 13 juin 1807 (SIREY, VII, 2, 719).

Add. DUVERGIER dit sur la question, nos 475 et 476 : « Un arrêt de la cour de cassation, du 20 nov. 1834, a décidé que l'art. 882 du code civil, d'après lequel les créanciers ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins qu'il n'y ait été procédé au préjudice d'une opposition par eux formée, n'est pas applicable en matière de sociétés; et que les partages entre associés peuvent être attaqués pour fraude, par un créancier non opposant.

« Les observations du conseiller rapporteur et les motifs de l'arrêt font clairement ressortir de graves différences entre les deux espèces de partages, et justifient ainsi la décision.

« Si, y est-il dit, en matière de partage de succession, le législateur a voulu que le partage consommé sans opposition ne pût « être attaqué, c'est que, d'une part, l'ouverture d'une succession est un fait notoire qui a mis le créancier de l'héritier à « même de veiller à la conservation de ses droits; et que, d'autre « part, c'eût été porter le trouble dans les familles que d'admettre l'action du créancier en nullité d'un partage, après « qu'il aurait été consommé sans opposition de la part du créancier. Il n'en peut être de même du partage d'une société ci- « vile, dont l'existence a pu être ignorée des tiers, et qui n'avait « établi entre les associés d'autres liens que ceux d'une communauté d'intérêts, dont la durée était subordonnée à leur vo- « lonté commune. Il résulte de là, que le partage d'une société « a dû, comme tout autre acte, être soumis à la disposition gé- « nérale du § 1er de l'art. 1167 du code civil. »

« Ces arguments sont décisifs; mais l'arrêt en présente surabondamment un autre qui me paraît ne devoir pas être adopté. La cour pense qu'il résulte des termes dans lesquels l'art. 1872 est conçu, qu'il n'est relatif qu'à la forme du partage et aux droits des copartageants entre eux.

« Cet article exprime au contraire que toutes les dispositions placées sous la rubrique *du partage*, au titre *Des successions*, régissent le partage des sociétés. Il porte, en effet, que les règles concernant le *partage* des successions, la *forme* de ce partage et les *obligations* qui en résultent entre cohéritiers, s'appliquent aux partages entre associés.

« Certainement, ce n'est pas à réglementer la forme seulement qu'un pareil texte est destiné.

« L'art. 883 du code civil dispose « que chaque cohéritier est « censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets « compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir « jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

(4) **Add.** *Si, par l'effet du partage, un des associés est débiteur de l'autre, de quand doit-il les intérêts?*— DELVINCOURT pose et résout ainsi la question : « Si, par l'effet du partage, l'un des associés se trouve débiteur de l'autre, de quand doit-il les intérêts, si l'acte de partage, ou celui de société, ne contient aucune stipulation à ce sujet? Du moment de la demande seulement, suivant Pothier. Il n'y a pas la même raison que pendant la durée de la société. Les associés sont devenus étrangers l'un à l'autre, par la dissolution de la société. Cet avis paraît être aussi celui de Savary, parère 68. Cet auteur pense même, avec Dupuis de la Serre, que, s'il y a compte respectif entre les associés, les intérêts, même demandés, ne courent que du jour où la liquidation a été faite, et le reliquat déterminé, d'une manière précise, soit par une convention, soit par un jugement. »

(5) **Add.** Quid *si un associé a reçu sa part entière, et qu'il y ait déficit pour les autres?* — DELVINCOURT pose et résout ainsi la question : « *Quid* si, au moment de la dissolution, les fonds sociaux se trouvent entre les mains de l'un des associés, que l'un d'eux a exigé de lui sa part entière, mais que l'associé dépositaire se trouve hors d'état de payer les parts des autres associés? La loi 63, § 5, D. *Pro socio*, décide que celui qui a reçu doit partager avec les autres, de manière à ce que toutes les portions soient égales, à raison des parts qu'ils avaient dans la société; mais bien entendu, pourvu qu'il n'y ait aucune faute ni demeure de la part de ceux qui n'ont pas reçu : *Quasi iniquum sit*, dit la loi précitée, *ex eadem societate, alium plus, alium minus consequi.* Il me semble que cette décision pourrait être admise dans notre droit, et ce par argument des articles 1848 et 1849, si toutefois l'opération a eu lieu avant le partage, et si, comme nous l'avons dit, il n'y a eu aucun retard de la part des autres. Autrement celui qui a reçu invoquerait le principe *Jura vigilantibus prosunt.* »

(6) **Add.** *La loi* 63, D. Pro socio, *n'est pas reproduite dans le droit français.* — MALLEVILLE, p. 76, dit à ce sujet : « On ne trouve pas ici une règle comme dans le droit romain, c'est qu'à la reddition des comptes et à la liquidation de la société, l'associé qui se trouve débiteur n'est condamné que *in quantum facere potest* (leg. 63), *hic, id est deducto ne egeat* (l. 173, D. *de reg. jur.*). Le motif de cette règle était, *cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (dict. leg. 63).

« Par cela seul que cette règle a été omise, et que d'autres dispositions de ce titre supposent l'obligation aux juges de condamner l'associé débiteur au payement de ce qu'il doit réellement, ils ne peuvent plus la suivre. »

(7) Mon *Comm. de la Vente*, no 11.

(8) *Revue de législation*, t. VII, p. 405, et t. VIII, p. 161.

(9) Mon *Comm. de la Prescription*, no 886; DURANTON, t. XVII, no 480; DELVINCOURT, t. III, p. 237, notes.

partage, je reprends ma maison, elle sera censée n'avoir jamais cessé de m'appartenir. Le contrat de société, qui l'a mise en commun, ne vous y a donné qu'un droit conditionnel, dépendant de l'événement du partage, pour le cas seulement auquel, par le partage, cette maison tomberait dans votre lot; et comme l'événement du partage a fait manquer la condition, vous êtes censé n'y avoir jamais eu aucun droit.

Si c'est votre prairie qui tombe dans mon lot, je suis censé la tenir de vous, non par le partage, mais dès l'instant du contrat de société.

Enfin, si le partage m'attribue les héritages acquis durant notre société, je suis présumé les avoir acquis en entier dès le temps de l'achat, et la société est censée les avoir achetés pour composer le lot de celui dans lequel ils tomberaient.

Tels sont les principes, les incontestables principes du droit français.

1064. Ils produisent une conséquence remarquable : c'est que les charges et hypothèques que vous pourriez avoir établies sur la chose pendant le temps de l'indivision n'affectent pas mon lot; ce lot n'y est pas sujet (1).

1065. Il en est autrement des charges et hypothèques qui proviendraient, non du fait de l'un des associés, mais du fait de la société même, agissant par son gérant ou par tous ses membres collectivement. La raison en est simple; celui dont le lot comprend ces choses a contribué par sa volonté à les grever de la charge et des hypothèques en question; et c'est le cas de lui appliquer la règle : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* (2).

1066. L'unanimité d'opinion, qui règne sur cette manière d'envisager le partage d'une société (3) n'a pas été suffisante pour déterminer Duvergier à l'accepter (4). Sans nier l'effet rétroactif du partage, cet

---

(1) POTHIER, *loc. cit.*

Add. *Jurisprudence.* — Jugé que lorsqu'une société n'a point été rendue publique, le partage qui en est fait ne produit pas les effets déterminés en matière de partage, et notamment celui que les hypothèques consenties par l'un des associés sur la chose indivise se trouvent résolues quand la chose tombe au lot des autres associés (cass., 23 mars 1825; Jur. du XIXe siècle, 1825, 1, 385).

— La liquidation terminée, le partage a lieu dans les formes voulues par l'art. 1872 du code civil.

Toutefois, les art. 883 et 1872 du code civil ne s'appliquent aux partages entre associés qu'autant que l'acte de société a été rendu public conformément aux art. 42 et suivants du code de commerce. *Spécialement :* Lorsque trois individus qui ont formé une société à laquelle il n'a été donné aucune existence légale par la publicité, ont acquis un immeuble dont le prix a été payé par chacun d'eux pour sa part, et sans qu'il soit exprimé dans l'acte que l'acquisition ait été faite au nom de la prétendue société, s'il arrive que, par l'effet du partage opéré par un jugement arbitral, l'immeuble tombe dans le lot d'un seul des acquéreurs, celui-ci n'est pas fondé à demander la radiation de l'hypothèque inscrite sur le tiers appartenant à l'un de ses coassociés par un créancier de celui-ci (23 mars 1825. Req. Schog. DALLOZ, XXV, 1, 253).

(2) *Junge* DURANTON, *loc. cit.*

(3) **Add.** Op. conf. de MAZERAT sur DEMANTE, n° 597.

(4) Nos 477 et 478.

Add. Où DUVERGIER dit : « Cette doctrine que le partage est déclaratif, s'harmonise-t-elle avec le système qui considère la société comme une personne civile, propriétaire unique, pendant son existence, des biens mis en commun, et qui, par conséquent, refuse aux associés la qualité et les droits de copropriétaires indivis? On conçoit qu'un acte soit réputé déclaratif, lorsqu'il attribue à chacun une part d'une masse dont tous étaient propriétaires; mais n'est-il pas illogique de ranger dans la même catégorie l'acte qui transporte une chose des mains de la personne civile qui avait la propriété, aux mains de chacun des membres de l'association? Cet acte n'est-il pas réellement translatif?

« Sans doute, il y a transmission de la propriété des choses communes, mais cette transmission n'est pas immédiate. Entre la dissolution de la société et la distribution des lots, l'état de communauté, ainsi que je le disais au commencement de cette section, se place comme intermédiaire. Quand la société se dissout, la personne civile meurt, la succession s'ouvre, les associés la recueillent. Il est donc tout naturel que le partage qui la leur distribue ait le caractère de celui qui fait cesser l'indivision entre cohéritiers.

« Je n'aurais point insisté sur ces notions élémentaires, si je n'avais remarqué une grave inexactitude dans la manière dont elles sont exposées par des auteurs recommandables.

« Ainsi, Duranton professe que « chacun des copartageants « est censé avoir eu seul la propriété exclusive des objets échus « à son lot, ou à lui échus sur licitation, *à partir du moment où « ils sont entrés dans la société, du moment où la copropriété « s'est formée.* » C'est aussi le langage que tient Pothier : « Les « choses échues en chaque lot, dit-il, sont censées avoir toujours « seules composé la part qu'avait, en la communauté, celui au « lot duquel elles sont échues. Il est censé avoir été seul propriétaire de ces choses, *depuis qu'elles ont été mises en la « communauté, ou acquises pour le compte de la communauté.* . . . .
« . . . .
« . . . .
« Par exemple, si, par le partage que nous faisons d'une communauté qui est composée d'héritages que nous y avons mis « chacun, d'autres que nous avons acquis pour le compte de la « société, les héritages qui tombent dans mon lot sont ceux que « j'y ai apportés par notre contrat de société, ils seront censés « n'avoir jamais cessé de m'appartenir en entier. . . . . .
« . . . .
« Si ce sont les héritages que vous avez mis en communauté qui « échoient dans mon lot, ils sont censés avoir composé ma part « dans la communauté, *dès le temps du contrat de société par « lequel vous les y avez mis.* Je suis censé les avoir acquis de « vous en entier *dès ce temps,* par le contrat de société, *dès l'instant de ce contrat* et non pas seulement par le partage. »

« On trouve les mêmes idées dans le *Traité de la Prescription*, de Troplong.

« On y lit que « le partage, effaçant le temps de l'indivision, « produit un effet rétroactif à l'époque de l'ouverture de la succession, *de la mise en société*, de l'entrée en communauté. »

« Plus loin, le même auteur prend un exemple et raisonne en ces termes :

« Pierre met en société avec Martin l'immeuble B dont il sait « n'être pas propriétaire. Pierre, considéré comme membre de la « société, a imprégné la possession sociale d'un vice qui a exclu la « bonne foi au profit de cette société. Mais le partage arrive, et « l'immeuble échoit à Martin; suivons jusqu'au bout les conséquences de ce fait. Martin est censé tenir la chose *immédiatement de Pierre. La société est effacée rétroactivement, l'indivision est censée n'avoir jamais existé.* C'est comme si au « *moment de l'entrée en société,* Pierre avait vendu à Martin. »

« Delvincourt enseigne également que « chaque associé est « censé avoir été propriétaire des objets tombés dans son lot, « *du moment qu'ils ont été acquis à la société.* »

« Je ne conteste pas que le partage ne soit déclaratif, je reconnais aussi qu'il rétroagit; j'entends très-bien qu'il efface l'indivision, j'adhère à la proposition que chaque copartageant est censé avoir été seul propriétaire des objets qui composent son lot, à l'exclusion de tous les autres.

« Mais je dis que ce droit de propriété exclusive ne remonte pas au jour *où la société s'est formée;* je soutiens qu'il n'a pris naissance qu'au moment *où elle s'est dissoute;* j'avoue que le partage efface l'*indivision;* je nie qu'il supprime la *société.*

« Le système de l'indivision, dit très-bien Championnière, est « fictif. « En effet, supposer que chaque communiste est propri-

auteur soutient que la doctrine universellement suivie jusqu'à ce jour le fait remonter trop haut. D'après son système, la rétroactivité doit s'arrêter à la dissolution de la société, do même qu'en matière de succession, elle a pour limite l'ouverture de la succession. La société, être moral, capable de posséder, a été investie seule de la propriété des mises, et en a joui de son chef; c'est seulement à l'époque de la dissolution que les associés sont tombés à l'état de communistes, et que l'indivision a commencé. Le partage est venu enfin. Il a effacé cette indivision par sa puissance rétroactive, mais il n'a pas effacé la société. Chaque associé est censé tenir son lot de la société, qui en était propriétaire exclusive. Mais c'est une grave inexactitude (1) de croire qu'il est censé en avoir été propriétaire dès l'époque de la mise en société.

J'ai cherché à me pénétrer des raisons données par Duvergier pour démontrer cette grave inexactitude : elles se réduisent à deux; les voici :

1° L'état d'indivision est une fiction (2); car plusieurs ne peuvent être en même temps propriétaires pour le tout (3) de la même chose. Le partage, en proclamant un seul propriétaire, fait cesser cette fiction, et l'on a pu dès lors la considérer comme n'ayant jamais existé.

Mais, durant la société, les associés ne sont pas réputés propriétaires chacun du tout et de chaque partie. Il n'y a pas coexistence de droits incompatibles. La propriété réside exclusivement dans l'être moral; donc, point de raison pour étendre à l'état de société les effets que produit le partage sur l'état d'indivision.

2° Les auteurs, dont la doctrine fait remonter la rétroactivité du partage jusqu'au jour de la formation de la société, prononcent eux-mêmes leur condamnation (4); car ils avouent que les charges créées pendant l'association affectent les différentes portions de l'actif social après leur distribution entre les associés. Donc, la société n'est pas effacée; car si l'effet rétroactif la faisait disparaître, il faudrait décider que les charges imposées par elle s'évanouissent par le partage. Comment donc les auteurs n'ont-ils pas compris (5) qu'il y a dans ces deux idées une contradiction, un abandon de leur propre système?

Ainsi argumente Duvergier; je vais répondre à sa question, je vais répondre à ses reproches.

---

taire du tout et de chaque partie, c'est admettre évidemment une fiction; car plusieurs ne peuvent être, en même temps, propriétaires pour le tout d'une même chose.

« Le partage, en proclamant un seul et unique propriétaire, fait succéder la vérité à la fiction; et l'on conçoit très-bien le sentiment qui a porté à considérer celle-ci comme n'ayant jamais existé, comme entièrement effacée.

« Mais pendant la durée d'une association, les associés ne sont point réputés propriétaires, chacun, du tout et de chaque partie. La propriété réside dans l'être moral; s'il y a encore une fiction, ce n'est point celle qui fait coexister des droits incompatibles. Il n'y a donc pas de motif pour étendre à l'état de société les effets que le partage produit sur l'état d'indivision.

« Les jurisconsultes qui confondent l'une avec l'autre, qui appliquent aux associés la règle propre aux communistes, sont obligés de reculer devant les conséquences de leur système. S'il était vrai, comme ils le disent, que le droit attribué à chaque copartageant remontât au jour où la société a commencé, que chaque copartageant fût censé tenir les choses qui forment son lot, immédiatement de celui de ses coassociés qui les avait mises dans la masse, il faudrait décider que les charges imposées par la société sont effacées par le partage. Or, précisément, il n'est pas un des auteurs que j'ai cités qui n'avoue et qui n'ait soin de dire que les charges créées pendant l'association ne cessent point d'affecter les différentes portions de l'actif social, après leur distribution entre les associés.

« Comment n'ont-ils pas compris qu'en parlant ainsi, ils prononçaient eux-mêmes la condamnation de leur doctrine sur la rétroactivité du partage au jour de la formation de la société?

« Le système que je présente n'offre point de semblables contradictions; il est homogène et bien coordonné dans toutes ses parties; il est en harmonie parfaite avec les principes généraux de la matière; on peut enfin lui laisser librement porter tous ses fruits, et produire toutes ses conséquences.

« Il se réduit à ces termes simples et clairs :

« Quand la société se forme, une personne civile naît.

« Chaque associé *transmet* les choses qui composent sa mise à la personne ainsi constituée. Les rapports de vendeur à acheteur s'établissent entre eux.

« Pendant toute la durée de l'association, la personne civile est *propriétaire* des choses qui forment l'actif social. Elle en jouit; elle les administre; elle les hypothèque ou les aliène, selon les circonstances.

« Quand la société se dissout, ce qui était *actif social* devient *chose indivise*. Chaque *associé* se transforme en *communiste*. Les biens communaux restent grevés des charges que la personne civile, propriétaire précédent, avait créées.

« Enfin, le partage se fait; il attribue à chacun un lot; dans ce lot sont placés les objets qui ont successivement été *choses sociales* et *choses communes*. Ces objets restent grevés de charges établies au temps où vivait la société; mais ils sont affranchis de celles qu'on avait créées au temps de la communauté, attendu que le partage rétroagit seulement au jour où la société dissoute a été remplacée par la communauté.

« On se tromperait étrangement, si l'on croyait trouver dans les dispositions de la loi fiscale des arguments contre mon opinion.

« Il est vrai que la régie de l'enregistrement ne perçoit de droit proportionnel ni au moment où l'association acquiert le bien que lui confèrent ses membres, ni au moment où elle les leur rend. Mais ce n'est point parce que, dans ces deux circonstances, il n'y a point de mutation de propriété; c'est parce que le fisc se relâche de sa sévérité en faveur du contrat de société. Malgré la double transmission, la loi, à titre de protection et par forme d'encouragement, accorde une exemption de droit; ou plutôt substitue la clémence du droit fixe à la rigueur du droit proportionnel. »

L'opinion de DUVERGIER paraît cependant avoir été admise par CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD qui, au n° 2791 de leur *Traité des droits de l'enregistrement*, adoptent comme point de doctrine ce qui suit : « Par l'association universelle, chacune des parties se dépouille personnellement des biens qu'elle apporte à la masse pour en faire la propriété de la société; lors du partage de cette masse commune, chacune des parties prend part égale dans les biens de toute nature, sans égard à son apport originaire, et il est alors procédé comme aux partages de succession : ainsi il n'est dû que le droit fixe de 5 fr., et le droit proportionnel ne pourrait être exigé que sur les soultes ou sur les portions que l'une des parties pourrait recevoir au-dessus de la part que le contrat lui attribue. »

Telle a été la jurisprudence de la cour de cassation de France; mais en 1840 elle est revenue sur ses pas, et a décidé que le droit à raison de *tout* l'immeuble était exigible. Il y a beaucoup à dire sur le mérite de cette décision. Voir, à ce sujet, les observations critiques de DEVILLENEUVE et SIREY, XL, 1, 539.

(1) *Sic.*

(2) L'auteur cite CHAMPIONNIÈRE, t. VII, p. 411, qui, en effet, a émis cette proposition, d'après l'avocat général TALON. La raison donnée par ce magistrat est celle-ci : « Tous les héri« tiers, disait-il, ont part au tout et dans toutes les parties du « tout; et cela ne pouvant se faire sans faire violence à *la réa« lité et à l'indivisibilité des substances*, la loi le fait par une « fiction civile. »

(3) *Sic.*

(4) *Sic.*

(5) *Sic.*

L'état d'indivision est une fiction! Mais s'il y a un état réel dans son existence, réel dans ses inconvénients et ses avantages pratiques, c'est l'état d'indivision, que tout le monde peut voir et toucher, comme l'on voit et l'on touche le droit de propriété exclusive. Les abstractions dans lesquelles on est obligé de se jeter pour trouver cette prétendue fiction ne sont qu'un abus de la métaphysique. Je ne comprends pas ce que peuvent faire ici *la réalité et l'indivisibilité* des substances, invoquées par Talon. C'est de la philosophie scolastique en pure perte. Je n'admets pas non plus que la maxime *Hæres habet totum, in toto et in quâlibet parte*, signifie que chaque héritier est propriétaire pour le tout comme s'il était seul, et que dès lors ce n'est que par le moyen d'une fiction qu'on peut se rendre compte d'un état où chaque communiste est propriétaire de tout et de chaque partie.

A mon sens, voici la vérité. Chaque communiste est copropriétaire dans tout et dans chaque partie; son droit est répandu dans chaque parcelle de la chose; mais il n'est pas propriétaire de tout et de chaque partie; il n'est pas propriétaire pour le tout (*in solidum*). Autrement il serait seul maître de la chose; il ne serait pas en communauté, il ne serait pas dans l'indivision. Une même chose ne peut pas appartenir pour le tout à deux maîtres. La propriété est un droit exclusif, et aucune fiction ne peut lui enlever ce caractère. Qui dit donc droit indivis, dit un droit partiel qui ne peut disposer que pour partie de la chose sur laquelle il repose (1).

Il n'y a donc ici de fiction que dans les effets attribués au partage par le droit français. Cette fiction renverse la réalité de l'indivision; c'est en cela que consiste l'anomalie de notre système de partage déclaratif et non attributif. Lorsque ce système commença à se développer, s'il n'eût eu pour but que d'effacer les traces d'une fiction, Dumoulin n'aurait pas fait entendre des plaintes si vives. Mais c'est parce qu'il anéantissait l'état d'indivision avec les réalités que le droit romain y reconnaissait, que ce grand jurisconsulte criait à l'erreur. Le droit romain, en effet, était dans la logique et dans le vrai. L'état d'indivision se présentait à lui avec ses conséquences positives et palpables; c'était à ses yeux une situation rationnelle, dont les traces devaient se retrouver dans le partage qui en était le terme. Voilà pourquoi il donnait au partage un effet attributif. Pour substituer à cette théorie la théorie contraire du droit français, il fallait des raisons politiques et fiscales dans lesquelles je ne veux pas entrer ici. Qu'il me suffise de dire que c'est à leur profit que fut inventée la fiction du partage déclaratif; fiction tellement hardie qu'elle frappa d'étonnement les deux plus grands jurisconsultes du seizième siècle, Dumoulin (2) et d'Argentrée (3).

Duvergier transpose donc les termes de la question; il place la fiction dans l'indivision, où elle n'est pas; il n'en tient pas assez de compte dans l'effet rétroactif, où elle gît exclusivement.

Mais ce qu'il y a de singulier dans ses objections, c'est que lui, qui consent à effacer rétroactivement l'état d'indivision sous prétexte qu'il n'est qu'une fiction, veut que l'effet rétroactif s'arrête tout court devant la société considérée comme personne civile. Eh! qu'est-ce donc que cette personne civile, sinon une fiction de droit? et pourquoi cette fiction serait-elle plus privilégiée que l'autre?

C'est, suivant Duvergier, parce qu'en créant une personne civile sur la tête de laquelle repose exclusivement la propriété, elle empêche la coexistence des droits incompatibles de deux copropriétaires *in solidum*. C'est qu'elle est une situation qui ne se dénoue pas par le partage, mais par la dissolution; qu'ainsi le partage ne doit pas l'atteindre.

Quant à moi, sans admettre les préventions de Toullier contre les fictions (4), sans vouloir amoindrir leurs effets légitimes, je crains cependant que Duvergier ne s'exagère celle qui fait de la société un être moral. Quelque grave, quelque utile qu'elle soit, elle ne saurait aller jusqu'à supprimer entièrement l'idée de copropriété et d'indivision inséparable d'une société. Nous avons vu ailleurs que cette copropriété indivise se fait jour quelquefois pour reprendre sa réalité (5). Elle reparaît surtout avec éclat à l'époque de la dissolution, non pas comme une chose nouvelle, mais comme un droit momentanément intercepté. C'est pourquoi l'effet rétroactif, ne trouvant plus la personne civile, cause de cette interception, agit en toute liberté sur un passé qui, dans la vérité des choses, n'a pas cessé d'être un état d'indivision. Et puis, comment serait-il possible que l'effet rétroactif capable d'anéantir l'indivision, c'est-à-dire, un état si pur de toute fiction, et si énergiquement dessiné après la dissolution de la société, respectât la fiction qui a précédé? La fiction doit-elle être mieux traitée que la réalité?

Maintenant, un mot sur la contradiction reprochée par Duvergier aux auteurs dans le nombre desquels je m'applaudis de figurer. Duvergier nous demande comment nous *n'avons pas compris* qu'en reconnaissant que les charges créées par la société restent sur chaque lot, nous détruisons forcément notre règle de rétroactivité jusqu'à la mise en société. « Car s'il était « vrai (je copie l'objection, crainte de l'affaiblir) que « le droit attribué à chaque copartageant remontât « au jour où la société a commencé, s'il était vrai que « chaque copartageant fût censé tenir les choses qui « forment son lot immédiatement de celui de ses co- « associés qui les avait mises dans la masse, il fau- « drait décider que les charges imposées par la so- « ciété sont effacées par le partage. » Mais pas du tout, en vérité! et je suis étonné, à mon tour, que Duvergier ne comprenne pas que les charges imposées par la société sont censées imposées par chacun des membres qui la composent, par conséquent par celui dans le lot duquel tombent les choses ainsi grevées; qu'ainsi, étant l'un des créateurs de ces charges, il doit les entretenir (6).

1067. Du principe qui fait rétroagir le partage à la mise en société, il semblerait résulter que l'apport social devrait être frappé, par la loi sur l'enregistrement, du droit proportionnel qui atteint les mutations de propriété. Il n'en est cependant pas ainsi. Le fisc a voulu favoriser l'esprit d'association; il s'est relâché de ses rigueurs (7). Il n'exige que le droit fixe (8). Mais si, à la dissolution de la société, l'immeuble social est attribué, par le partage, à un autre que l'ancien propriétaire, alors s'opère une mutation à l'occasion de laquelle le droit proportionnel doit être payé (9).

(1) Loi 7, § 4, D. *Quib. modis pignus solvit*.
(2) Mon *Comm. de la Vente*, n° 11.
(3) Mon *Comm. de la Prescription*, n° 886.
(4) *Suprà*, n° 2.
(5) *Suprà*, n°s 70, 71, 140, 978, 752.
(6) **Add.** Op. conf. de DELVINCOURT, *Inst. de droit comm.*: « Dans ce cas, dit-il, ils sont censés avoir été hypothéqués par tous les associés. »
(7) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Traité du droit d'enregistrement*, t. II, p. 783.
(8) Cassat., chambres réunies, 6 juin 1842 (SIREY, XLII, 1, 484).
(9) Même arrêt.

DISPOSITIONS RELATIVES AUX SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

Art. 1873. Les dispositions du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de commerce que dans les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 35. *Les engagements résultant, envers les tiers, des sociétés de commerce, sont spécialement réglés par les lois commerciales.*

Art. 11. *Il y a des sociétés particulières qui appartiennent spécialement au commerce, telles que la* société en nom collectif, *celle en commandite, et celle appelée anonyme.*

Ces sociétés sont régies par les lois commerciales.

2e *rédaction.* — Art. 42. Conf. à l'art. 1873 (*a*).

PROJET DU CODE DE COMMERCE. — Art. 36. *Toutes les dispositions du code civil concernant les sociétés, et auxquelles il n'est point dérogé par la présente loi, auront leur plein et entier effet* (*b*).

(*a*) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

L'art. 11 est retranché.

La section est chargée de rédiger un article tendant à déclarer que les dispositions du titre ne dérogent point aux lois et usages du commerce.

L'art. 31 est supprimé, sa disposition devant entrer dans l'article qui déclarera que les affaires de commerce ne sont pas réglées par les principes du code civil.

L'article 35 est supprimé par les mêmes motifs que l'article 31.

(*b*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE COLMAR. — Art. 36. « Toutes les dispositions du code civil concernant les sociétés, et auxquelles il n'est point dérogé par la présente loi, auront leur plein et entier effet. »

Il serait à désirer qu'au lieu de renvoyer à l'examen du code civil pour les dispositions auxquelles il n'est pas dérogé par le code de commerce, on pût, au contraire, en extraire toutes celles qui sont applicables à ce dernier code et qui en font partie nécessaire, pour ne faire qu'un ensemble, et réunir toutes les lois que le négociant doit connaître. Le code de commerce sera le manuel du marchand ; l'étude de ce code est tout ce qu'on peut attendre d'un homme livré à des spéculations et à des objets de détail qui ne lui permettront pas d'autres genres d'occupation ; or si, outre le code de commerce, on le renvoie encore à l'étude du code civil, ce sera exiger de lui l'impossible, et le mettre, lorsqu'il sera appelé pour juger, dans le cas de le faire sans les lumières qu'on devait en attendre.

TRIB. DE PARIS. — Art. 36. Cette dérogation supposée possible à une loi par une autre loi qui la suit immédiatement, cette espèce de congé, et, si on l'ose dire, de laissez-passer, donné par un code à l'autre, sont certainement inconvenantes. La commission ne doute pas que le gouvernement ne les rende inutiles, en coordonnant si bien toutes les dispositions des différents codes, qu'ils n'en présentent jamais de contraires. Cette remarque reviendra plusieurs fois dans le cours des présentes observations.

TRIB. D'ORLÉANS. — Art. 36. On a observé ci-dessus que, si les règles propres aux actes de commerce ne sont pas comprises dans le code civil, et qu'on croie devoir en faire la matière d'un code particulier, au moins les deux codes doivent être tellement d'accord, que l'un ne soit que le complément de l'autre. On doit donc éviter que leurs dispositions se contrarient en aucun point, et que celles du second dérogent au premier.

TRIB. DE ROUEN. — Art. 36. Cet article maintient toutes les dispositions du code civil concernant les sociétés, auxquelles il n'est point dérogé par celui du commerce ; il serait utile d'insérer dans ce dernier le titre XIV du livre III du premier, afin de présenter aux commerçants l'ensemble des lois sur les sociétés.

(Le même vœu était manifesté par le tribunal de commerce de Marseille, du Mans, de Montauban et du Havre.)

Le tribunal de Marseille proposait d'insérer dans le code de commerce la section Ire du chapitre III du titre XIV, livre III du code civil, à l'exception des articles 25, 26, 28, 32 et 44 du projet, et d'y ajouter les art. 47, 48 et 49 de la deuxième section du même chapitre.

La commission chargée de la révision du projet répondait à ces observations : « Il est hors de doute qu'en tout ce qui n'est pas excepté, les commerçants comme les autres citoyens sont soumis au droit civil. L'ordonnance de 1673 avait suivi la même marche, personne ne s'est plaint de son silence à cet égard. »

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE BAYONNE. — Art. 36. On observe que le code civil n'existant pas encore, cet article est dans ce moment sans objet, et qu'il devrait être supprimé du titre III.

TRIB. DE TARASCON. — Art. 36. L'art. 5 du chapitre Ier, titre XIV, livre III du code civil, n'admet point la preuve par témoins, lorsque l'objet s'élève à plus de cent cinquante francs.

Il est à désirer que les tribunaux de commerce aient une plus grande latitude, et que la preuve soit admise pour une plus forte somme pour les sociétés anonymes et inconnues, et pour la plupart desquelles il ne se fait point d'actes, souvent les personnes ne sachant même pas écrire.

Législation étrangère.

Deux-Siciles. — 1745. Conf. à l'art. 1873, C. F.
Sardaigne. — 1896. Id.
Canton de Vaud. — 1357. Id.
Haïti. — 1642. Id.

Louisiane. — 2798. Les dispositions de ce titre leur servent de règle sur les points qui ne sont pas incompatibles avec le code de commerce.
Autriche. — 1179.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

1068. Le droit commercial a puisé dans la coutume une grande partie de son existence (1). L'origine de ses usages, perdue dans la nuit des temps, est un sujet intéressant de recherches historiques (2). Quelques-uns se rattachent par une chaîne visible aux traditions de la civilisation romaine; d'autres, originale expression de besoins nouveaux, sont sortis du foyer mystérieux où le moyen âge a mis en fusion les éléments de la civilisation moderne. L'Italie réclame avec raison la plus grande part dans les conceptions ingénieuses qui ont donné au commerce de si puissants moyens d'action. Elle a été la mère du droit commercial, comme elle fut jadis la mère du droit civil. Toutefois, il n'est pas vrai que notre commerce soit resté neutre dans ce mouvement. Dès les temps les plus reculés, les cités provençales et languedociennes ont eu des statuts commerciaux non moins remarquables que les villes italiennes les plus florissantes (3). Mais l'extension et l'éclat du commerce italien, à une époque où nos marchands opéraient dans une sphère plus restreinte, l'excellence précoce des jurisconsultes ultramontains dans le droit consulaire, ont couvert d'une pénombre le concours de la France dans cette œuvre de progrès. On a eu les yeux presque exclusivement fixés sur l'Italie, et l'on n'a pas tenu assez de compte de la part qu'y ont apportée nos villes maritimes et notre industrie, non-seulement depuis Colbert, mais même dans les siècles les plus reculés (4).

1069. En touchant à la société, la pratique commerciale trouva ce contrat constitué par le droit civil sur des principes rationnels et équitables. Car, au milieu des ruines du monde romain, une secrète tradition avait conservé les notions élémentaires de ce droit admirable qu'avait systématisé le génie de ses jurisconsultes. Le commerce en profita, et les intérêts qu'il représentait conservèrent, par nécessité et par habitude, les bases essentielles du contrat de société. Quand on arrive au moment où la rénovation de la science commença à dessiner les théories, et à agiter en tous sens les grandes questions de jurisprudence sur lesquelles on n'a pas encore fini de méditer, on aperçoit clairement que le commerce n'entendit jamais se rendre indépendant du droit romain devenu, dans les matières des contrats, le droit commun, et refaire *à priori* ce que Rome avait si bien fait (5). Les discussions ne portent que sur certains points particuliers et exceptionnels. Dans son traité *De contractibus mercatorum*, Straccha déclare qu'il a peu de chose à dire de la société (6); que le seul point intéressant pour le commerce, et sérieusement controversé, c'est la réflexion des obligations d'un associé sur la société; c'est aussi presque le seul dont il s'occupe. D'autres questions, sans doute, devaient naître plus tard. Le développement de la commandite, la nature des actions, la publicité des sociétés, les pouvoirs des liquidateurs, tout cela devait amener des difficultés qui n'étaient pas encore posées. Mais alors, la question à l'ordre du jour, c'était celle dont je viens de parler; elle résumait en quelque sorte toute la société. Tant il est vrai que tout le reste était accordé, qu'on se réglait pour le surplus sur la société civile, qu'on s'en rapportait aux nombreux ouvrages qui en avaient traité (7)!

1070. Ces réflexions ne sont pas inutiles pour prouver que le droit civil est la loi primordiale de la société de commerce, et qu'il ne faut s'en écarter que dans les cas auxquels les usages commerciaux ont formellement dérogé (8). Quelques jurisconsultes ont nié cette vérité. Ils veulent que le droit commercial soit un droit spécial, et tout aussi indépendant du droit civil que peuvent l'être le droit pénal ou le droit constitutionnel. Dans leur marche collatérale, disent-ils, ces deux droits peuvent se rencontrer quelquefois, mais non pas établir l'un sur l'autre une domination fâcheuse. Le droit commercial est un empire à part, où le droit civil n'a rien à commander et où l'on se règle par l'accord de principes particuliers avec des intérêts particuliers. Le droit civil troublerait cette harmonie par l'importation d'idées hétérogènes. Il faut laisser le commerce se gouverner par ses idées propres, fruit de son expérience et de ses besoins. Cette opinion, indiquée par Frémery (9) et développée avec beaucoup de talent et d'habileté par Delamarre et Lepoitevin (10), ne me paraît pas exacte, et j'ai cherché ailleurs à la réfuter (11). Les auteurs classiques les plus préoccupés des priviléges du droit commercial ont reconnu sans cesse que le droit civil était la grande base de leur science et le point de départ de leurs décisions : « Et quod dicitur, disait « Straccha (12), in curià mercatorum ex bono et « æquo judicandum intelligendum est, ut *juris api-* « *cia*, qui veritatem rei atque negotii non respiciunt, « rejecta censeantur; non autem *ut jus civile, in* « *mercatorum foro locum non habeat, quoniam ad-* « *versaretur legi bona fides!* » Notre article reproduit ce point de vue. Il veut que le code soit le droit commun de la société dans tous les cas où des dispositions

(1) STRACCHA, décis. 39, nº 8 : « Fori mercatorii indubitata consuetudo, ubique servanda. » *Junge* décis. 281, nº 6, et 91, nº 6; SANTERNA, *de assecurat.*, part. III, nº 1.

(2) Voy. les *Études sur le droit commercial*, par FRÉMERY.

(3) Voy. les statuts de Marseille et de Montpellier, dans la collection de PARDESSUS.

(4) Voyez ci-dessus l'historique que j'ai donné de la commandite et de la société anonyme, nos 377 et suiv., et préface.

(5) STRACCHA, *De cont. mercator.*, nº 20.

(6) Nos 12, 13, 14 : *de societatibus scribere supervacuum esse dixi*.

(7) STRACCHA dit en effet : « *In sexcentis locis tractata;* » il renvoie à P. UBALDUS, civiliste italien d'un mérite distingué.

(8) Add. Op. conf. de DELEURIE, nº 11161.

MAZERAT sur DEMANTE, nº 598, dit au contraire : « Depuis la publication du code de commerce, la loi prévaut sur les usages contraires au droit commun; ils ont cessé d'être tels par sa promulgation; on ne doit plus les considérer que comme des abus. Telle est évidemment la saine doctrine, quoique peut-être, en pratique, on puisse décider autrement (voy. art. 18 du code de commerce, qui déroge à l'art. 1873 du code civil; voy. art. 135 du code de commerce). »

(9) *Études sur le droit comm.*, chap. II.

(10) *Contrat de commission*, t. I, nº 6; t. II, nos 12, 14, 19.

(11) Voy. mon rapport sur le *Traité du contrat de commission*, fait à l'Institut, et donné en partie dans la *Revue de législation*, t. XVI, p. 47.

(12) *De cont. mercator.*, nº 20.

spéciales n'ont pas été établies par les lois et les usages du commerce.

Le projet de code civil soumis à la discussion du conseil d'État portait deux articles qui réservaient les lois et les usages du commerce en matière de société. Mais on jugea à propos de les supprimer pour les fondre en un autre article final plus large et plus compréhensif. C'est de là qu'est venu l'article 1873. Or, je lis à ce sujet dans les procès-verbaux de la discussion : « L'art. 31 est supprimé, sa disposition devant « entrer dans l'article général qui déclarera que les « affaires de commerce *ne sont pas réglées par les « principes du code civil.* »

Ne sont pas réglées par les principes du droit civil! Mais l'article 1873 dit tout le contraire. Il proclame nettement que les sociétés commerciales sont aussi réglées par le code civil. Quelle est donc la main inhabile qui a pu travestir à ce point la pensée du législateur? Boutteville, rapporteur du tribunat, en était un plus fidèle interprète lorsqu'il disait : « Observez, avec le projet, que la loi proposée ne régira « pas les sociétés de commerce dans tous les points « où ses dispositions seraient contraires aux lois et « aux usages particuliers du commerce, mais aussi « que, sur tous ceux où ces dispositions n'y auront « rien de contraire, elles conserveront leur empire, « et n'en contiendront pas *moins les règles premières « et générales* de toute association. »

L'erreur que je combats a cependant une source respectable. Dans leurs savantes recherches, Frémery, Delamarre et Lepoitevin ont vu tout ce qu'il y avait d'ingénieux et de fécond dans les usages commerciaux auxquels nous devons la lettre de change, la commission, les assurances, les faillites, la juridiction consulaire, etc.; et leur juste admiration pour ces belles conceptions a fait rejaillir sur leur origine un sentiment de préférence marquée et presque exclusive. La coutume, œuvre lente et successive des intérêts commerciaux, a paru à nos auteurs plus sage que la loi, œuvre arbitraire du législateur. Ils ont craint que le droit civil, avec ses anomalies nationales, n'enlevât au commerce son esprit universel et cosmopolite. Ils ne voudraient, s'il était possible, ni du législateur, ni de ses codes, ni de ses interprètes, laissant au commerce le droit de s'arranger avec lui-même, et de faire souverainement ses affaires sous l'influence de l'expérience et de son développement naturel. Cette opinion n'est pas la mienne. La coutume a fait de grandes choses; elle en aurait fait aussi de mauvaises, si le législateur ou la science ne l'eussent souvent redressée (1). C'est la coutume qui a lutté si longtemps, et avec un si déplorable avantage, contre la publication des sociétés de commerce. Et quant à l'uniformité de ses pratiques, elle n'est pas plus infaillible là-dessus que la loi écrite et le droit civil. Par exemple, la commandite, si ancienne dans le commerce du Midi, n'est pas admise en Angleterre, et l'on a écrit sur la frontière du peuple le plus commerçant de l'univers :

« *Et penitus toto divisos orbe Britannos* (2)! »

Laissons donc coexister des éléments destinés à s'éclairer et à s'entr'aider : la loi, la science et la coutume sont trois formes du gouvernement des intelligences qui ont chacune leur autorité, et elles doivent tour à tour se la prêter pour arriver à une meilleure direction des intérêts humains.

1071. Au reste, la plupart des usages commerciaux ont été formulés dans le code de commerce. Ils y ont été élevés à la hauteur de la loi. Quelques-uns cependant sont restés à l'état de tradition; ils n'en sont pas moins respectables. Mais il ne faut pas confondre avec les usages du commerce, des pratiques qui n'auraient pas pour elles l'ancienneté, l'uniformité, l'unanimité, propres à caractériser une coutume certaine. La preuve d'un usage contraire au droit commun a été déclarée difficile par tous les jurisconsultes (3). Nous avons vu ci-dessus l'allégation d'un usage commercial repoussée par la cour de cassation, malgré des parères dignes de considération (4).

Au surplus, cette matière des usages, de leur autorité, des conditions requises pour qu'ils dérogent au droit commun, a été traitée avec beaucoup de science et d'exactitude par Delamarre et Lepoitevin, et je renvoie le lecteur studieux à leur excellent ouvrage (5).

1072. Maintenant quels sont les points dans lesquels la société commerciale se distingue de la société civile? Ce commentaire a cherché à les mettre en lumière. Il nous suffira de résumer ici les rapports et les dissemblances.

Prenons une société civile et une société de commerce ordinaires.

Entre associés, ce sont les mêmes rapports d'égalité et de confraternité; la même obligation d'en bannir l'usure et les pactes léonins pour faire à chacun la part commandée par l'équité; la même création d'une personne morale distincte des associés; le même devoir pour ceux-ci de se dévouer à la chose commune, et de mettre l'intérêt social en avant de l'intérêt privé; les mêmes principes pour l'administration et pour la responsabilité (6); les mêmes causes de dissolution; enfin la même idée fondamentale, à savoir qu'un acte social rejaillit sur la société et sur chacun de ses membres.

1073. Mais la diversité existe :

1° Dans les formes constitutives de la société;

2° Dans l'habitude d'opérer avec les tiers sous une raison sociale;

3° Dans certaines attributions du gérant (7);

4° Dans l'étendue de la responsabilité, qui est solidaire dans les sociétés de commerce et qui ne l'est pas dans les sociétés civiles; solidarité d'où résulte que la personne morale, quoique distincte des associés, s'incarne en quelque sorte, au regard des tiers, dans chaque associé, et arrive à un plus haut degré d'homogénéité;

5° Dans les formes de la liquidation;

6° Dans le jugement des contestations entre associés.

1074. On s'est persuadé que la division du capital social par actions est une combinaison toute commerciale. Historiquement, c'est une erreur; dans la pratique, il est jugé que c'est une hérésie (8).

(1) Straccha : « Duo adnotabimus in quibus *mercatores totâ* (ut aiunt) *viâ errare plerumque vidi.* » (*De cont. mercat.*, n° 13.)

(2) Frémery, p. 39.

(3) Straccha : « Consuetudo est difficillimæ probationis... « multi credunt eam probare et aberrant. Nec mirum, quia con« suetudo *modo est alba, modo est nigra*... Consuetudo debet « *esse certa* et *uniformis* ad exemplum legis...; *actuum frequen« tiam* requirit. » (Rotæ Genuæ decis. 17, n°s 1, 2, 7, 11.)

(4) *Suprà*, n° 1023.

(5) *Contrat de commission*, t. I, n°s 360 et suiv.

(6) Voyez cependant une différence dans l'application, n°s 691 et 695.

(7) *Suprà*, n°s 691 et 695.

(8) Add. Voy. ci-dessus, n° 143.

1075. On a cru aussi que la constitution d'une société sous la forme anonyme est une idée commerciale. Pas plus qu'une idée civile. La jurisprudence est encore fixée sur ce point (1).

1076. On a vu dans la commandite un contrat particulier au commerce. L'histoire s'élève contre cette assertion. Quoique plus fréquent dans le commerce, ce contrat est de droit commun ; la société civile est maîtresse de se l'approprier (2).

1077. Si donc la société civile et la société commerciale se séparent quelquefois, elles s'accordent le plus souvent dans les mêmes principes : ce sont deux ruisseaux partis de la même source, et qui, dans leur course à travers différentes régions, se retrouvent et se marient sans cesse. De plus en plus, elles tendront à se rapprocher. Des industries civiles se créent tous les jours, qui ont besoin des secours du crédit ; et ce crédit, elles l'obtiennent plus facilement en faisant aux sociétés commerciales l'emprunt de leurs formes et de leurs moyens ingénieux. On crie à la déviation. Non ! c'est l'usage intelligent de la liberté. La liberté est dans le code civil. Voilà pourquoi nous aimons le code, et nous le défendons presque toujours.

---

(1) **Add.** Voy. ci-dessus, n° 327. Op. conf. de DUVERGIER, n° 481.

(2) **Add.** Voy. ci-dessus, nos 377 et suivants.

Op. conf. de DUVERGIER, nos 482, 483, 484 : « D'abord, dit-il, il est hors de doute que toutes les clauses qui n'ont rien de contraire aux bonnes mœurs et aux textes positifs, qui, d'ailleurs, ne portent aucune atteinte aux choses qui sont de l'essence des sociétés, peuvent être valablement stipulées. Partant, il est permis de dire que tel ou tel associé ne sera tenu, même envers les tiers, que jusqu'à concurrence de sa mise sociale ; et lorsque les tiers auront eu connaissance de cette stipulation, l'associé, en faveur de qui elle aura été insérée, sera un véritable commanditaire.

« Toutefois, il faut remarquer qu'entre une société civile ainsi organisée, et une société commerciale en commandite, il y aura toujours une différence notable.

« Pour que l'associé civil profite de la clause qui limite sa responsabilité à sa mise, même envers les tiers, il devra établir, en fait, que les tiers ont eu communication de la stipulation, ou du moins qu'ils en ont eu connaissance ; l'associé commercial n'aura pas besoin de présenter cette preuve. Les tiers seront toujours censés avoir connu sa position dans la société, au moyen de la publicité donnée à l'acte constitutif, par la voie que le code de commerce indique.

« Vainement, au surplus, on publierait une société civile en la forme prescrite par les articles 42 et 43 du code de commerce, afin de la rendre notoire à tous, et de faire produire effet aux dispositions qu'elle contient, même relativement aux tiers. La transcription de l'acte sur le registre tenu au greffe du tribunal de commerce, l'affiche dans la salle des audiences, et l'insertion dans les journaux n'ont pas pour résultat d'apporter en réalité à la connaissance de chacun les conventions des parties ; la publicité qui naît de l'accomplissement de ces formalités est nécessairement limitée, et cependant la loi suppose qu'elle est générale et absolue. Cette fiction, comme toutes les fictions, doit être restreinte au cas pour lequel elle est établie ; on ne doit pas l'appliquer aux sociétés civiles, puisqu'elle n'a été admise que pour les sociétés commerciales.

« La clause qui, contrairement au droit commun, dispose qu'un associé ne sera obligé envers les créanciers de la société que jusqu'à concurrence de son apport, est licite, sans doute, et je viens de le démontrer ; mais elle ne peut pas être étendue à tous les membres d'une association. En d'autres termes, serait nulle la stipulation portant que *tous* les associés s'engagent seulement pour leurs mises, et qu'aucun d'eux ne sera tenu personnellement. Par là, on établirait une véritable société anonyme sans le concours de l'autorité publique ; et l'on éluderait ainsi les dispositions légales qui exigent, pour la constitution de semblables sociétés, l'autorisation du roi. Or, certainement, ces dispositions s'appliquent aux sociétés civiles aussi bien qu'aux sociétés de commerce : les considérations d'ordre public qui les ont inspirées sont entièrement indépendantes de la nature des opérations sociales. »

COMMENTAIRE

SUR LES

SOCIÉTÉS COMMERCIALES

PAR DELANGLE,

AVOCAT GÉNÉRAL A LA COUR DE CASSATION.

ÉDITION AUGMENTÉE EN BELGIQUE DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES, DE L'INDICATION :

1° DES PARTIES DU COMMENTAIRE DE TROPLONG OU LES MÊMES QUESTIONS SONT TRAITÉES, 2° DE L'INDICATION DES QUESTIONS TRAITÉES SEULEMENT DANS L'OUVRAGE DE CELUI-CI.

INTRODUCTION.

Le contrat de société est né, pour ainsi dire, avec l'homme; obligé de lutter contre les obstacles qu'une nature rebelle opposait à la satisfaction de ses besoins, et désespérant de les vaincre seul, il s'est rapproché de son semblable pour combattre, et partager ensuite avec lui les résultats de leurs communs efforts.

Le principe ne s'est point altéré en s'éloignant de son origine. Il a grandi avec l'humanité. Il s'est développé, transformé avec elle; ses applications seulement ont changé. Ainsi, après avoir emprunté à l'association le secours de sa force contre les résistances du monde matériel, l'homme a lutté plus tard avec elle contre les violences d'une domination barbare, ou les inégalités d'une civilisation oppressive. Partout où s'élevait un obstacle supérieur à la volonté, aux forces, à l'énergie d'un seul, l'association a réuni en faisceau toutes les forces éparses que leur isolement condamnait à l'impuissance, et les a menées par des voies ou lentes ou rapides, mais sûres, à la conquête d'un état meilleur.

Ce fait est de tous les temps, de tous les lieux; il tient à la nature de l'homme; il est comme une des conditions essentielles de son existence.

Au moyen âge, une fiction odieuse considère le serf attaché à la glèbe, comme l'accessoire du sol que fécondent ses sueurs. Il lui est permis de se marier et de se constituer une famille, mais à sa mort, en vertu de la maxime de droit féodal : *mors omnia solvit*, tout ce qu'il a pu retirer de *la manufacture de ses bras* (1) appartient au haut tenancier dont il dépend. Il n'y a pas de succession pour ses enfants, et telle est la rigueur de la règle qu'aucune disposition, quelque modique qu'en soit l'objet, et quelle qu'en soit la forme, ne peut recevoir exécution.

Mais ce que n'avait pû l'humanité, l'association le réalise. Réunis sous le même toit, vivant au même château, les serfs formèrent entre eux des sociétés *taisibles*, véritables êtres moraux, vivant d'une vie indépendante des associés, renouvelés et continués par les générations naissantes, ou par l'accession de nouveaux membres.

Lorsqu'un des associés, ou plutôt un des *comparsonniers* (2), suivant le langage des monuments contemporains, venait à mourir, sa part de patrimoine commun n'en était pas détachée; elle demeurait à la société dont l'actif se perpétuait ainsi en se grossissant.

Le droit féodal, droit essentiellement formaliste, respecta cette fiction ingénieuse, imaginée par la misère contre l'oppression des seigneurs, et ce fut ainsi que les familles des serfs, amenées par l'association agricole à la propriété, virent peu à peu s'affaiblir le poids de leurs chaînes, et purent entrer dans le mouvement d'émancipation des communes et du tiers état (3).

Nous laissons aux publicistes et aux philosophes le soin de rechercher, de constater ce que l'esprit d'association a exercé d'influence sur l'état social; il leur appartient de dire comment la bourgeoisie moderne, s'échappant à grand'peine, et par un travail lent et douloureux, de la servitude ou d'un état voisin de la servitude (4), est devenue la nation même.

Il leur appartient aussi de juger les théories par lesquelles on a voulu, de nos jours, faire de l'association un instrument de rénovation sociale (5).

Il nous suffit, à nous dont le but unique est de fixer avec certitude les principes de l'association commerciale, de signaler quels ont été ses commencements en France, ses progrès et ses résultats; quelle influence elle a exercée sur

(1) PASQUIER, *Recherches*, liv. IV, ch. III.
(2) PASQUIER, liv. VIII, ch. XXIII.
(3) GUIZOT, *Cours d'histoire moderne*, t. V, p. 139.
(4) GUIZOT, t. V, 16e leçon.
(5) L. REYBAUD, *Études sur les réformateurs contemporains*, p. 76-375.

la fortune publique et sur le développement des intérêts privés. On détermine plus nettement le sens et la portée des contrats qu'on a vus naître pour ainsi dire, et dont on a pu suivre les transformations successives. L'histoire est le meilleur commentaire des lois.

La formation de sociétés commerciales suppose que déjà le commerce du pays a atteint une sorte de prospérité, et que l'industrie a jeté quelque éclat; ce n'est qu'à l'ombre et sous la protection d'un gouvernement régulier que le commerçant, assuré du lendemain, peut songer à étendre ses spéculations.

Ainsi, dans les républiques italiennes où la liberté avait amené, dès le XIIe siècle, le goût des spéculations, l'industrie, la prospérité, l'association avait donné au commerce des développements inespérés; et jusqu'au XVe siècle, c'est à l'association qu'elles ont dû l'empire des mers, le monopole du commerce et des richesses dont, malgré leur décadence, la source est à peine tarie aujourd'hui.

Mais comment au milieu d'une société troublée par des guerres et des luttes incessantes, livrée à la merci de quelques privilégiés, lorsque tous les excès de la force, des vexations et des spoliations continuelles menacent les classes moyennes ou inférieures, comment l'industrie, et avec elle l'esprit d'association prendraient-ils du développement? Si, par hasard, un homme se rencontre que la hardiesse de son génie et l'humilité même de sa condition provoquent à courir les chances commerciales, loin de chercher un associé dont la présence trahirait ses ressources, ou tout au moins ses espérances, il enveloppera ses spéculations de mystère et d'ombre: tous ses efforts tendront à en dissimuler la trace et les profits.

Supposez encore un homme doué d'un esprit inventif, supérieur aux artisans au milieu desquels sa vie s'écoule, capable de créer, à côté de leurs imparfaites ébauches, des œuvres plus gracieuses et d'un goût plus délicat; la pensée d'une association ne s'offrira pas à lui davantage. Dans quel but initier un rival aux secrets et à l'honneur de sa fabrication? Pourquoi ne pas se réserver une jouissance exclusive? Il n'a pas à lutter contre la concurrence; si faibles que soient ses ressources, elles suffisent à l'acquisition des matières premières, et il trouve, dans son travail personnel, de quoi subvenir aux exigences de sa vie obscure et frugale (1).

Mais l'aspect de la société change avec un gouvernement régulier, et dans la force duquel tous les intérêts puisent leur sécurité. Alors la richesse individuelle, suivant un développement parallèle à celui de la puissance publique, prend un rapide essor, et s'étend à toutes les conditions, pour ainsi dire. Avec la richesse, naît l'amour du bien-être et de toutes les jouissances qui le constituent; et les arts, l'industrie, le commerce, chargés de satisfaire ces besoins nouveaux, comprennent l'insuffisance de l'action et des ressources individuelles. Comment un homme isolé se sentirait-il l'audace et la force de traverser les mers ou les continents pour échanger ses produits contre ceux d'une nation lointaine, ou pour demander à d'autres climats les matières premières qui manquent à son pays? Et puis à une production plus variée et plus considérable, il faut des instruments; où les trouver? C'est alors que l'association se présente naturellement à l'homme comme le moyen le plus efficace et le plus sûr de lever ces obstacles; l'association, qui fournit à l'intelligence les capitaux sans lesquels son action est bornée ou stérile; aux capitaux, l'intelligence qui les féconde.

Faut-il donc s'étonner que, jusqu'au XVe siècle, la France soit demeurée en arrière et comme isolée du mouvement commercial; que l'industrie, chez elle, se soit bornée à l'exercice individuel des arts mécaniques, à la fabrication des draps grossiers et des armes destinés au bas peuple et aux soldats? Faut-il s'étonner, surtout, que la ressource puissante de l'association y ait été, pour ainsi dire, inconnue, tandis que, par son aide, l'Italie, couvrant les mers de ses vaisseaux, avait rendu l'Europe entière tributaire de son commerce? L'organisation des républiques italiennes était régulière et solide; nées du commerce, leurs institutions assuraient au commerce faveur et protection, et la noblesse tout entière, loin d'y voir une œuvre d'esclaves, marchait à la tête des spéculations, les soudoyant de ses capitaux, et les dirigeant de ses lumières. Toutes ces conditions manquaient à la France. Il fallait, pour éveiller son génie, que la puissance publique, insensiblement ramenée à l'unité par les efforts de ses rois, triomphât des résistances féodales, et pût étendre sur tous les points du royaume cette protection, sans laquelle l'industrie et le commerce languissent, condamnés à une éternelle enfance.

Cette pensée a été commune aux rois vraiment dignes de ce nom.

Charlemagne, le premier, tente de reconstituer et surtout d'organiser un empire. Ses Capitulaires et les récits des historiens attestent l'énergie et la multiplicité des efforts de ce grand prince pour ramener l'ordre et la lumière au sein de tous ces éléments confus.

On sait le sort de son œuvre sous ses faibles successeurs. « Le royaume naguère si bien uni, dit un auteur du temps (2), est divisé maintenant. Il n'y a plus personne qu'on puisse considérer comme empereur; au lieu de roi, on voit des roitelets, et au lieu d'un royaume, des morceaux de royaume. » Plus de lien nulle part, et plus d'obéissance. La discorde se mit entre les seigneurs qui lavaient leurs offenses dans le sang de leurs vassaux; et, pendant plus de trois siècles, l'Europe offrit l'aspect d'une vaste arène où le plus fort exploitait le plus faible, sans pitié. « Il n'y avait plus (3) de capitale pour donner l'impulsion, ni de grandes villes pour la recevoir; mais seulement des couvents et des châteaux séparés par des rivières sans ponts, des marais sans chaussées et des forêts sans routes... Le commerce, réduit au simple colportage, évitait les regards qu'il recherche aujourd'hui; et d'ailleurs, qu'aurait-il pu offrir de séduisant à des hommes bardés de fer, et satisfaits par des ouvriers nombreux jusque dans leurs moindres caprices? Le nombre de ces ouvriers diminuait néanmoins tous les jours à cause de la ruine des villes dévastées, tantôt par l'ennemi intérieur, tantôt par la guerre civile, et bientôt il n'y eut plus d'autres industries que celles qui étaient consacrées à la production des objets les plus indispensables. »

Un grand événement, les croisades, vint modifier cet état social, et sembla préparer de meilleurs destins au commerce. D'un côté, la noblesse vendait ou engageait ses terres pour suffire aux dépenses de la guerre sainte; et la bourgeoisie sédentaire s'enrichissait peu à peu en achetant

(1) Nous ne parlons pas des difficultés que le simple artisan homme de génie aurait trouvées dans le régime des corporations créé par Louis IX. Association despotique, utile et funeste à la fois à l'industrie; utile et progressive à l'époque qui la vit naître, funeste depuis, par sa durée et son immobilité.

(2) *Recueil des historiens des Gaules et de la France*, t. II, p. 302.

(3) BLANQUI, *Histoire de l'économie politique*, t. I, p. 166.

pour des sommes modiques ces biens auxquels étaient attachées toutes les prérogatives du pouvoir. D'un autre côté, parmi les croisés, se trouvaient, en grand nombre, des hommes qui avaient un métier, ou exerçaient une profession mécanique. L'industrie avait donc aussi sa croisade, et dérobait aux Sarrasins et aux Grecs des secrets et des procédés plus précieux que des victoires (1). Les croisés apprenaient à Damas à travailler avec succès les métaux et les tissus; ils trouvaient en Orient des manufactures de camelot, dont les échantillons excitèrent l'admiration de la reine Marguerite. Les verreries de Tyr aidèrent au perfectionnement des belles fabriques de Venise, si justement renommées au moyen âge.

Jusqu'au règne de saint Louis, toutefois, il n'y a pas trace, pour ainsi dire, d'un commerce intérieur ou extérieur; et c'est à peine si l'histoire a conservé le souvenir d'une manufacture de draps établie dans la ville d'Arras.

La multiplicité des barrières, des péages, des entraves de toute nature, et par-dessus tout, la tyrannie des seigneurs féodaux, rendaient toute spéculation impossible, parce qu'il n'y avait sécurité pour personne. Les juifs, seuls, proscrits de toutes parts, vivant de persécutions et d'avanies, concentrent le commerce dans leurs mains, et se dédommagent en silence, dit un historien, par le culte de l'or, des affronts prodigués à leur foi.

Attirés en France, sous Charlemagne et ses successeurs, par une législation, à certains égards, favorable, ils s'y étaient maintenus, malgré les persécutions sans cesse renouvelées qu'ils avaient souffertes depuis le règne de Philippe Ier, malgré l'application des lois les plus arbitraires. Ils étaient restés en possession du commerce et de l'industrie vers lesquels, d'ailleurs, les poussait invinciblement l'interdiction, pendant longtemps maintenue, d'acquérir des immeubles. « Ils esquivaient (2) les barrières et les donjons, cachant sous des apparences misérables leur opulence réelle, et le secret de leurs transactions. Ils allaient chercher à de grandes distances, et mettaient à portée des consommateurs aisés les produits peu connus des pays les plus reculés. A force d'errer de contrée en contrée, ils avaient acquis une connaissance exacte des besoins de toutes les places; ils savaient où l'on devait acheter et où l'on pouvait vendre : quelques échantillons et un carnet leur suffisaient pour les opérations les plus importantes. Ils correspondaient entre eux sous la foi des engagements que leur intérêt les obligeait de respecter, en présence des ennemis de toute espèce, dont ils étaient entourés. Le commerce a perdu la trace des inventions ingénieuses qui furent le résultat de leurs efforts; mais c'est à leur influence qu'il doit les progrès rapides dont l'histoire nous a signalé le phénomène brillant, au milieu des horreurs de la nuit féodale. Insensiblement les juifs accaparent tout le numéraire, puisque c'était la seule propriété qu'ils pouvaient acquérir et mettre en sûreté, et l'usure s'offrit bientôt à eux comme le moyen le plus sûr de s'enrichir. Libres d'armer des navires et d'entreprendre des spéculations avouées, ils auraient peut-être renouvelé les merveilles de Tyr et de Carthage; esclaves et rançonnés, ils s'habituèrent à reprendre par l'usure ce qu'on leur enlevait par la spoliation. En vain publiait-on des lois sévères contre le prêt à intérêt; ces lois ne servaient qu'à rendre les emprunts plus difficiles, et par conséquent plus onéreux. Les prêteurs savaient éluder alors, aussi bien qu'aujourd'hui, les prescriptions qui gênaient leurs profits, et leurs escomptes étaient d'autant plus usuraires que leurs risques étaient plus sérieux. Peu à peu ils se rendirent maîtres de toutes les fortunes à l'aide de quelques capitaux, et plus d'une fois le désespoir de leurs débiteurs les massacra comme créanciers plutôt que comme hérétiques (3). »

Les juifs n'étaient pas seuls à exploiter le commerce intérieur de la France, et à la rançonner par l'usure. Des marchands lombards avaient obtenu, par la protection du pape, la permission de trafiquer en France. Plus durs encore que les juifs, ils ne prêtaient que sur gages, prélevaient tous les deux mois un intérêt de dix pour cent; et s'il s'élevait des difficultés sur la payement, ils étaient autorisés à les faire juger par la cour de Rome, dont on devine facilement les décisions équitables et désintéressées.

Ces Lombards, qui n'étaient autres que des négociants de Florence, de Gênes, de Pise, de Venise, désignés sous cette qualification générale, perfectionnèrent l'œuvre des juifs, et donnèrent à l'industrie et au commerce l'impulsion la plus énergique.

C'est à ces marchands que se reporta, sinon la pensée première, au moins l'application et le développement de la commandite (4). Le génie italien du moyen âge, auquel le commerce doit les plus utiles inventions, avait trouvé ce moyen de limiter les pertes du capitaliste qui voulait se livrer aux chances du commerce, et de rassurer les consciences timorées, contre les prohibitions relatives à l'usure, prohibitions qui, des canons de l'Église, étaient entrées dans les lois séculières.

A cette époque aussi florissait la ligue hanséatique, puissante association commerciale, formée de la réunion de quatre-vingts villes considérables.

Merveilleux résultat de l'association! Née en 1164, la ligue hanséatique, dès le XIVe siècle, met des flottes de deux cents voiles à la mer, et déclare la guerre à des rois pour maintenir la liberté et les privilèges de son commerce.

Louis XI et Charles VIII traitent avec elle, en lui accordant de grands privilèges dans le royaume, notamment l'exemption des droits d'aubaine, et ces traités sont successivement confirmés, augmentés même, alors que, cédant aux ordres de leurs souverains, les principales villes quittent l'union, et qu'il n'en reste plus que quelques-unes, auxquelles leur position particulière de villes impériales et libres permet de continuer cette œuvre glorieuse (5).

---

(1) MICHAUD, *Histoire des croisades*, t. VI, p. 346.

(2) BLANQUI, *Histoire de l'économie politique*.

(3) ARTHUR BEUGNOT, *Les juifs d'Occident*, 2e partie, p. 35.

(4) TROPLONG, *Histoire du contrat de société*. — *Revue de Législation*, t. XVII, p. 154-155.

(5) C'est avec une société de marchands qu'en 1716 la France signait des traités où se trouvait établie la doctrine des neutres, violée à toute époque par les Anglais.

On lit dans le traité de 1716 :

« ART. 13. S'il survenait une guerre entre le roi et quelque « puissance, ou puissances autres que l'Empereur et l'Empire, ce « qu'à Dieu ne plaise, les vaisseaux de Sa Majesté et ceux de ses « sujets armés en guerre ou autrement, ne pourront empêcher, « arrêter ni retenir les navires desdites villes hanséatiques sous « quelque prétexte que ce soit, quand même ils iraient dans les « villes, ports, havres ou autres lieux dépendant desdites puissan- « ces ennemies de Sa Majesté, si ce n'est qu'ils fussent chargés de « marchandises de contrebande pour les porter aux pays et places « des ennemis de la couronne, ou de marchandises appartenant « auxdits ennemis.

« ART. 14. Sous le terme de marchandises de contrebande, sont « entendus les munitions de guerre et armes à feu, et généra-

Cependant saint Louis voulait affranchir son pays de l'impôt onéreux auquel l'avait assujetti le défaut de commerce et d'industrie.

L'influence des croisades se faisait sentir, comme nous l'avons dit, par l'affaiblissement des seigneurs et des principes de la féodalité, et par l'accroissement des richesses et de la force du peuple. La royauté marchait à l'unité du pouvoir, cette conquête si lente et si difficile à réaliser. Saint Louis avait, dans une certaine mesure, la possibilité de réaliser ce que sa volonté avait conçu. Il commença par proscrire les monnaies altérées. Un édit de 1268 prononce l'expulsion des marchands lombards ou florentins. Les barons, sommés d'en faire autant dans leurs domaines, obéissent aussitôt.

L'usure dévorait le pays; après les Lombards, les juifs qui l'exerçaient sont frappés d'un éternel exil. Une seule exception était faite pour ceux « qui vivaient du labeur « de leurs mains *ou d'autres besoignes sans usures.* »

Mais l'œuvre capitale du règne de saint Louis, celle qui a le plus pesé sur le travail et l'industrie en France, c'est l'organisation hiérarchique des travailleurs, sous le régime des corporations.

La pensée de saint Louis n'était pas de donner au travail une liberté, dont personne alors ne s'inquiétait pour lui; mais d'y introduire une discipline sévère, et, par elle, d'arriver sinon à la perfection, au moins à la loyauté des produits. Ce fragment du préambule de l'établissement des métiers de Paris, ne laisse aucun doute sur le but auquel il tendait :

« Étienne Boyleau, garde de la prévôté de Paris, à « tous les bourgeois et à tous les résidents de Paris, etc., « salut : *Pour ce que nous avons vu à Paris en même « rang mont déplait et discontente par la déloyaleuia, « qui est mère de plaig et différens convoitises qui « gasta soi-même, et par le non-sens as ioués et as poi « sachans, entre les étranges gens et ceux de la ville, « qui aucun métiers usent et hantent, pour la raison « de ce qu'ils avoient vendu oux étrangers aucunes « choses de leur métier qui n'étoiant pas si bonnes, ni « si loyaux que alles dussent;* notre intention est à encla- « ver en la première partie de cette œuvre, au mieux que « nous pourrons, tous les métiers de Paris, leurs ordon- « nances, la manière des entrepresures de chacun métier « et leurs amendes. »

Tout le monde sait ce qu'était ce travail de la royauté du treizième siècle. L'industrie était divisée et comme parquée en catégories ou corporations innombrables, séparées l'une de l'autre par des limites étroites, et qu'il était rigoureusement interdit de franchir. Ainsi, parmi les chapeliers, les uns n'avaient le droit de fabriquer que des chapeaux de coton, et les autres des chapeaux de feutre; l'établissement distinguait les couteliers fabricants de manches de couteaux, et les couteliers fabricants de lames.

Tout y était prévu, d'ailleurs : le nombre d'individus auquel il serait permis d'exercer un certain métier, et les conditions de l'apprentissage; l'impôt à payer par les fabricants; les moyens de constater la nature des produits; le mode de surveillance et d'administration; la juridiction pour terminer les différends; le pouvoir des juges et prud'hommes auxquels était confié ce soin, enfin, les priviléges destinés à protéger les industries qui s'élèveraient. Quand le commerce fleurit, la liberté est nécessaire, parce qu'elle amène la concurrence, et profite au consommateur sans ruiner le producteur. Mais quand le commerce ne fait que de naître, il faut empêcher que les efforts d'un zèle mal dirigé ne soient infructueux, et le favoriser par des priviléges.

Mais ce qui devait surtout peser, dans l'avenir, sur l'industrie elle-même, et sur la condition des travailleurs, c'était cette soumission hiérarchique et despotique de l'apprenti au maître, et les obstacles presque insurmontables dont les abords de la maîtrise étaient entourés. Il y avait là, et comment s'en étonner? au sein de ces classes opprimées depuis si longtemps par le régime féodal, une sorte d'imitation de la féodalité; des seigneurs et des vassaux, et une glèbe pour l'atelier comme pour l'agriculture; l'ouvrier et l'apprenti travaillant pour un maître, comme le paysan pour son seigneur.

Ce fut cependant une grande pensée, et ce sera un éternel honneur pour Louis IX, d'avoir organisé les corporations dans une pensée d'ordre, de discipline et de probité. Elles ont accoutumé (1) les travailleurs à la patience, à l'exactitude, à la persévérance; elles ont fait renaître la sécurité dans le commerce, et donné une impulsion immense à cet élément important de la richesse publique. Dès que les consommateurs ont été certains de ne plus être trompés sur les qualités et la quantité des produits, ils ont fait des demandes plus considérables, et procuré par là des moyens de subsistance plus étendus aux classes laborieuses. Enfin, la division extrême du travail, si elle a été un obstacle aux grands progrès de l'industrie, en tenant dans l'immobilité des génies prêts à prendre l'essor, a dû cependant exercer une influence salutaire sur la perfection des produits. Ajoutons aussi, que les ordonnances des successeurs de saint Louis, faisant des corporations un instrument de fiscalité et d'impôt, sont venues corrompre l'œuvre primitive et en aggraver les inconvénients; pour apprécier les faits, il faut, sous peine d'injustice, remonter au principe des choses, et en saisir le rapport nécessaire avec les circonstances industrielles et sociales.

Là ne se bornèrent point les efforts de Louis IX, dans l'intérêt du commerce.

Les routes réparées devinrent plus sûres; des vaisseaux furent construits, les ports remis en état, les matelots organisés et exercés à la manœuvre; et, le premier d'entre les rois de France, saint Louis fut en état de tenir la mer, et d'y combattre avec succès.

Enfin, des édits de 1254 et 1256 proclamèrent le principe de la libre circulation des grains, des vins et marchandises, et la liberté de leur exportation.

Que ne peut la volonté d'un roi, et combien est puissante l'impulsion quand elle vient de haut! Tout le monde embrassa le commerce; les gentilshomme s'y livrèrent en foule; et tel fut le zèle mercantile des ecclésiastiques, que les chefs de l'Église et le roi lui-même se virent contraints de les rappeler, par des conciles et des ordonnances, à la dignité et au désintéressement de leur ministère.

Ce ne fut qu'une lueur au milieu des ténèbres; et dans

« lement tous assortiments servant à l'usage de la guerre.

« Art. 15. Ne seront pas compris dans ce genre de marchandi- « ses de contrebande, les hommes, blés et autres grains, légumes, « huiles, vins, sels, ni généralement tout ce qui sert à la nourri- « ture et sustentation de la vie; mais, au contraire, lesdites « marchandises demeureront libres, quand même elles seraient « destinées pour une place ennemie de Sa Majesté, à moins que « ladite place ne fût actuellement investie, bloquée ou assiégée « par les armes de Sa Majesté, ou qu'elles appartinssent aux en- « nemis de l'État, auquel cas lesdites marchandises seront con- « fisquées. »

(1) Blanqui.

ces premiers enfantements de l'industrie, on chercherait en vain la trace de sociétés commerciales.

On rencontre seulement, çà et là, sur le sol de la France, ces associations de serfs, dont nous avons parlé au commencement de cet écrit; et, à côté d'elles, des sociétés d'hommes libres, cherchant dans les liens de la vie commune un refuge contre les entreprises de la force; associations universelles, embrassant la vie tout entière, et créant, par la confusion de l'existence et des biens des associés, une communauté sans réserve.

En 1492, cependant, un événement immense s'accomplit : le nouveau monde avait été découvert.

Les récits merveilleux, partout répandus, sur ces contrées nouvelles, sur les trésors qu'elles renfermaient, sur l'aspect étrange des habitants, la magnificence du sol et de ses productions, avaient remué l'imagination; et la France, arrachée tout à coup à son inertie, sentait le besoin de prendre part à ces conquêtes.

Mais comment se procurer les vaisseaux, les équipages et les provisions de tout genre nécessaires à ces entreprises?

Les ressources individuelles n'y pouvaient pas suffire, et, de son côté, la royauté, épuisée par des guerres sans relâche, ou par des prodigalités ruineuses, n'avait pas le pouvoir de seconder, par ses capitaux, ceux qu'elle provoquait à ces expéditions hasardeuses.

L'esprit d'association vainquit ces obstacles : les hommes et les capitaux se réunirent spontanément, et, dès ce moment, la France put entrer dans le mouvement qui emportait vers l'Amérique toutes les nations européennes.

La côte des Morues, ou le grand banc, fut découverte, en 1504, par des navigateurs bretons et normands, associés à des Basques.

Quinze ans plus tard, les frères Parmentier, après avoir découvert le cap Breton, et l'île de Fernambouc, portaient en Guinée le nom et le commerce français, et des résultats utiles étaient le prix de leurs efforts.

En 1524, le Florentin Vezaran, envoyé par François Ier, découvre la Floride et la Virginie.

En 1534, Jacques Cartier, avec deux vaisseaux, dont le commandement lui avait été confié par l'amiral Chabot, aborde au Canada, où devaient s'élever, avec le temps, nos établissements les plus considérables.

La législation suivait et favorisait cette tendance des esprits; des édits, publiés en 1537 et 1543, invitent les sujets du roi à équiper des vaisseaux de guerre et à entreprendre le voyage des Indes orientales et occidentales pour faire le commerce : de grands priviléges leur étaient accordés en cas de succès. Mais la France soutenait alors contre Charles-Quint cette lutte acharnée qui remplit et troubla tout le règne de François Ier. Les vaisseaux ne pouvaient sortir des ports : la mer était couverte de corsaires; et ce ne fut qu'en 1559, à la paix de Cateau-Cambrésis, qu'on put songer sérieusement à réaliser de lointaines expéditions. Le mariage d'Élisabeth de France avec Philippe II, roi d'Espagne, abaissait les obstacles.

Malheureusement, la guerre civile succéda à la guerre étrangère; et la France, déchirée pendant les règnes de François II, de Charles IX et de Henri III, vit se fermer devant elle, et pour longtemps encore, l'accès des grandes entreprises.

L'esprit commercial, cependant, au milieu même de ces cruelles dissensions, pénétrait dans les mœurs et faisait de véritables conquêtes. Charles IX, par des lettres patentes de 1556, autorisait les nobles de Marseille, de Rouen et de Bretagne, à faire le commerce sans déroger (1).

L'avénement de Henri IV au trône sembla le signal d'une ère nouvelle dans l'industrie; et en effet, débarrassé de l'Espagne par la paix de Vervins (2), tous ses efforts avaient pour but de rétablir, au dedans du royaume, les arts, les manufactures, le commerce, anéantis par le malheur des temps, quand il tomba sous les coups de Ravaillac.

Jusque-là donc, et par un concours fatal d'événements et d'obstacles, la France n'avait ni colonies, ni commerce maritime.

Aux Indes occidentales, où les Espagnols dominaient sans partage, le commerce était interdit aux étrangers, sous peine de mort; il fallait que le négociant français envoyât à Cadix et chargeât, sur des bâtiments espagnols, les marchandises destinées à ces parages; et les spéculations, compromises, ou par l'apathie, ou par la déloyauté des commissionnaires imposés de vive force, étaient généralement infructueuses.

Aux Indes orientales, les Hollandais abreuvaient d'humiliations et de dégoûts quiconque venait y trafiquer; sous les plus vains prétextes, ils pillaient et brûlaient les navires : souvent même d'horribles cruautés étaient exercées contre les gens de l'équipage. Ainsi des navires armés à Dieppe, en 1617 et 1619, doublent le cap de Bonne-Espérance; arrivés à Sumatra, et favorablement accueillis par les rois de la contrée, ils font, avec les naturels, des transactions avantageuses; mais quel qu'en eût été le profit, le courage manqua aux armateurs pour de nouvelles expéditions : les vexations et les mauvais traitements des Hollandais les avaient effrayés.

La France n'avait point conquis encore l'influence qui devait bientôt protéger son pavillon et ses nationaux contre des rivalités déloyales.

Richelieu met sa main puissante à l'œuvre interrompue de Henri IV et de Sully; mais, plus habile en cela que François Ier et ses successeurs, il donne lui-même l'impulsion et l'exemple. L'île de Saint-Christophe venait d'être découverte par des Français; il organise une compagnie pour y faire le commerce, et trois vaisseaux partent, le 29 février 1627, pour prendre possession du pays, et le peupler.

La route était tracée : des esprits entreprenants ne tardèrent pas à s'y engager.

Un armateur de Dieppe, Régimont, avait, à plusieurs reprises, reconnu les côtes d'Afrique, du cap de Bonne-Espérance à la mer Rouge; il avait visité les rivages de l'Arabie heureuse, le golfe de Perse, pénétré jusque dans le Mogol et étudié les habitudes commerciales des nations qui viennent aux foires de la Mecque vendre ou échanger les richesses de l'Inde.

Comment utiliser ces explorations patientes et hardies?

En 1633, Régimont forme une société avec plusieurs marchands, équipe un vaisseau qu'il dirige lui-même vers ces parages inconnus, et redoutables encore aux

(1) Mesure de bon exemple, imitée depuis par Louis XIII et par Louis XIV. Louis XIII, par une ordonnance de 1629, « convie les « Français, de quelque qualité et condition qu'ils fussent, à s'adonner au trafic, et ordonne que tous gentilshommes qui, par eux « ou par personnes interposées, entreraient en part et société des « vaisseaux, denrées et marchandises d'iceux, ne dérogeraient « point à la noblesse. »

On sait que, dans l'édit de 1669, Louis XIV se plaint que ses sujets, malgré les ordonnances multipliées de ses prédécesseurs, croient encore aux idées absurdes de la dérogeance.

(2) 1598.

navigateurs, et revient, en 1637, avec une riche cargaison.

L'année suivante, de concert avec un capitaine de la marine royale, il entreprend un nouveau voyage. Mais la fortune, cette fois, trahit ses espérances. Accusé de piraterie par un Anglais, il est arrêté, conduit devant le chef d'une tribu indienne; et c'est à peine s'il parvient à sauver sa vie, en abandonnant les richesses dont la convoitise avait inspiré ce guet-apens (1).

Nantes, Saint-Malo, Rouen, d'autres villes du littoral de l'Océan, étaient, vers la même époque, le théâtre d'entreprises semblables. Des associations s'y étaient formées pour trafiquer dans les îles de l'Amérique, en Guinée, au cap Vert, au cap Blanc, au cap Nord.

Rien ne semblait décourager cet esprit d'aventures et de conquêtes commerciales, pas même la mauvaise fortune et le péril. Ainsi, en 1642, l'associé de Régiment, le capitaine Rigaud, dont l'infructueuse et funeste expédition de 1637 n'avait pas ébranlé le courage et les espérances, crée une compagnie, composée de vingt-quatre associés, et obtient, le 24 juin, du cardinal de Richelieu une commission pour faire seul la navigation et le commerce des côtes orientales de l'Afrique et de Madagascar. Le privilége, confirmé par lettres patentes du 20 septembre 1643, devait durer jusqu'en 1652.

Une incroyable prétention du maréchal de la Meilleraye empêcha de mettre le temps à profit. Un des employés de la compagnie, chassé pour ses désordres, avait imaginé de s'emparer de l'île de Madagascar au nom du maréchal; et celui-ci, armé de cette prise de possession étrange, croyait pouvoir en revendiquer la propriété. Il fallut plaider au lieu d'agir : le temps se consuma dans ces discussions, et les espérances qu'on avait conçues s'évanouirent.

D'autres causes avaient d'ailleurs préparé la ruine de cette compagnie; la modicité du capital social; la mort de Richelieu, sept mois à peine après sa formation; le peu d'empressement de Mazarin à soutenir l'œuvre de son prédécesseur, absorbé qu'il était par les soucis de la guerre entreprise contre l'Espagne et l'Empereur; enfin, l'absence d'un chef capable de donner l'impulsion à cette vaste entreprise. Il faut, en effet, à la tête de pareilles sociétés un homme dont le coup d'œil vaste et sûr embrasse, sans peur et sans témérité, le présent et l'avenir; dont l'intelligence élevée comprenne que la prudence, si nécessaire dans un commerce borné, n'est plus de la prudence lorsque la sphère des opérations s'agrandit, et qu'il faut parfois sacrifier au hasard, sous peine de voir l'occasion s'enfuir à jamais, et la fortune avec elle. Parmi les négociants enrôlés par Rigaud dans cette société, aucun n'avait l'habitude et l'expérience des grandes affaires; tous avaient vécu jusque-là dans la pratique d'un obscur négoce; tous manquaient de cette hauteur et de cette rapidité de conceptions sans lesquelles le succès est impossible.

Un vieil écrivain (2) ajoute à ces causes de ruine :

L'absence, en l'île de Madagascar, d'ecclésiastiques qui eussent entretenu l'esprit de religion, sans lequel une colonie ne saurait subsister;

La facilité des Français à se dégoûter de ce qu'ils ont poursuivi avec le plus d'ardeur, si la réalisation immédiate de leurs espérances ne vient raviver leurs désirs;

L'impatience, qui ne donne pas aux germes les plus féconds le temps de mûrir et de fructifier;

La licence des mœurs, alors que le commerce exige des habitudes réservées et sévères;

Ce travers, enfin, qui semble porter tous les ministres nouveaux à ruiner les projets des ministres déchus, et à abandonner, quelle qu'en soit l'utilité pour les peuples, des entreprises dont le seul tort est d'avoir précédé leur avénement.

A part la première de ces considérations, où se reflètent les préoccupations personnelles de l'auteur, ne dirait-on pas que ce langage est d'hier? N'est-ce pas, de nos jours encore, l'amour inconsidéré du changement, l'impatience de l'avenir, l'inconsistance du pouvoir, la jalousie des nouveaux venus, qui étouffent dans leur germe, ou paralysent dans leur développement les projets les plus utiles au point de vue de l'intérêt particulier et de l'intérêt général?

Quel que fût d'ailleurs le peu de succès de ces grandes tentatives, elles maintenaient les esprits dans cette voie des entreprises lointaines; et le moment approchait où, recueillant le fruit de tant d'efforts, en apparence stériles, l'industrie manufacturière et le commerce extérieur de la France allaient rivaliser avec l'Europe entière.

Le ministère de Richelieu avait admirablement préparé les splendeurs du règne de Louis XIV. La féodalité, absorbée tout entière dans la royauté, encombrait les salons de Versailles. A cette tyrannie tracassière, quand elle n'était pas oppressive, des petites souverainetés locales, avait succédé un pouvoir unique, et ce pouvoir étendait son action sur toutes les parties du corps social. Louis XIV, et ce n'est pas son moindre titre, Louis XIV voulut allier à la gloire des armes celle moins éclatante, mais plus durable, des arts et de l'industrie; et comme si un décret de la Providence eût réservé toutes les grandeurs à ce règne, un homme se rencontra, digne de comprendre et de seconder les desseins du roi; esprit vaste, qui joignait, dit Voltaire, à l'exactitude de Sully, des vues beaucoup plus étendues (3), et dont l'administration sut concilier avec les exigences de la guerre et les magnificences de son maître, les progrès du commerce et de l'industrie nationale.

Cet homme, c'était Colbert.

Jusqu'à lui, les étoffes fabriquées dans nos rares manufactures ne pouvaient soutenir la concurrence des Pays-Bas et de l'Angleterre : « Depuis l'an 1663 jusqu'en 1672, dit encore Voltaire (4), chaque année de son ministère fut marquée par l'établissement de quelque manufacture. Les draps fins, qu'on tirait auparavant d'Angleterre, de Hollande, furent fabriqués à Abbeville. Le roi avançait au manufacturier deux mille livres par chaque métier battant, outre des gratifications considérables... On commença, dès 1666, à faire d'aussi belles glaces qu'à Venise, qui en avait toujours fourni à toute l'Europe; et bientôt on en fit dont la grandeur et la beauté n'ont jamais été imitées ailleurs. Les tapis de Turquie et de Perse furent surpassés à la Savonnerie. Les tapisseries de Flandre cédèrent à celles des Gobelins... Outre cette belle manufacture, on en établit une autre à Beauvais. Le premier manufacturier eut six cents ouvriers dans cette ville, et le

(1) On voit que les Anglais n'ont, en aucun temps, manqué de prétextes pour nuire au commerce français. Alors les accusations de piraterie, aujourd'hui le soupçon de la traite.

(2) SAVARY.

(3) « L'un ne savait que ménager, l'autre savait faire de grands « établissements. » (*Siècle de Louis XIV*, ch. XXIX.)

(4) VOLTAIRE, *ibid.*

roi lui fit présent de soixante mille livres... Les fabriques de drap de Sédan, celles des tapisseries d'Aubusson, dégénérées et tombées, furent rétablies. Les riches étoffes, où la soie se mêle avec l'or et l'argent, se fabriquèrent à Lyon, à Tours, avec une industrie nouvelle. »

La législation vint en aide à ces encouragements.

Par des lettres patentes de 1646 et 1665 la noblesse fut conférée à des négociants de Marseille et de Paris, associés pour la manufacture des draps à Sédan et à Abbeville. L'anoblissement y est étendu à leurs descendants, sans que jamais on puisse imputer à dérogeance le trafic qu'ils feront des produits de leur fabrication. Celles de 1665 ajoutent que le noble qui s'associera au manufacturier ne sera pas censé, non plus, déroger pour fait de commerce et de marchandise.

C'était une guerre véritable aux préjugés du siècle; c'était surtout l'œuvre d'une sagesse et d'une prévoyance admirables!

Comment, en effet, sans le concours de la noblesse, à qui le sol appartenait presque tout entier, et, avec le sol, de ruineux privilèges, les simples particuliers auraient-ils créé des manufactures, équipé ou frété des navires pour aller au delà des mers chercher les matières premières, ou transporter les produits fabriqués? Mais aussi comment vaincre les répugnances de cette aristocratie orgueilleuse, sans relever le commerce, objet de ses mépris, sans effacer, au moins dans les lois, des idées absurdes de dérogeance?

Le génie de Colbert y pourvoit en promettant au roturier qui dote son pays d'établissements utiles, la noblesse, pour lui et sa descendance, et au noble, s'il seconde les efforts de celui ci, la conservation des droits attachés à sa naissance. Les édits, en purifiant la source des gains commerciaux, mettaient ainsi d'accord la vanité et l'intérêt de l'aristocratie.

Mais ce n'est point une apparente prospérité que poursuit le ministre de Louis XIV: il veut asseoir son œuvre sur une base solide et durable. En même temps que, par des traités de commerce avec l'Italie, le Portugal, l'Espagne, les villes hanséatiques, la Suède, Archangel et la Moscovie, il ouvre à nos manufactures d'immenses débouchés, des réglements sévères veillent à la loyauté, à la perfection de leurs produits, et préviennent la plainte des acheteurs.

Saint Louis avait ordonné que les draps défectueux seraient brûlés en public : une amende de 60 sols était infligée à qui les vendait, et le vendeur convaincu de les avoir fabriqués y perdait le poing.

Les édits de Louis XIV empruntèrent à cette législation son principe et certaines de ses dispositions. Une amende fut prononcée contre le fabricant infidèle; les étoffes imparfaites devaient être exposées sur un poteau élevé, avec les noms et prénoms du marchand et de l'ouvrier trouvés en faute, après quoi elles étaient coupées, déchirées et brûlées.

En cas de récidive, le délinquant devait être blâmé par les maîtres et gardes de sa profession en pleine assemblée du corps de métier auquel il appartenait.

Pour la troisième fois, il devait être attaché au carcan pendant deux heures, avec des échantillons de la marchandise confisquée.

Peines graves, mais nécessaires pour prévenir les calculs d'une honteuse cupidité, maintenir la réputation des fabriques françaises, et empêcher qu'en jetant sur les marchés étrangers des produits informes et tarés, un négociant indigne de ce nom ne portât à la loyauté du commerce national une irréparable atteinte!

De telles précautions ne sont plus compatibles, sans doute, avec la liberté actuelle du commerce. Avec les maîtrises, d'ailleurs, a disparu la possibilité même de cette rigoureuse surveillance; le fabricant ne relève plus que de sa loyauté personnelle. Comment nier, cependant, que ces règlements n'aient exercé une salutaire influence à une époque où l'industrie commençait à prendre l'essor, en y introduisant des habitudes régulières et surtout la probité et la bonne foi qui sont l'âme du commerce? On ne peut que regretter l'absence de garanties analogues, au spectacle des fraudes que conseille trop souvent aujourd'hui un amour impatient et immodéré de fortune.

Mais il était un autre but plus digne encore des préoccupations de Colbert : c'était le commerce maritime, source féconde de richesse et de grandeur pour les empires, et qui, malgré les efforts de Richelieu, était resté chez nous dans une sorte d'enfance; chose étrange, assurément, quand on songe à la position géographique de la France, entourée de mers dont les flots viennent se courber sur ses rivages (1) et semblent solliciter le génie et l'activité de ses habitants! C'était vers ce but qu'il fallait attirer les capitaux de la noblesse; il fallait, par l'exemple des républiques de l'Italie, si puissantes, si riches par les spéculations commerciales, vaincre ses répugnances : Colbert se dévoua surtout à cette tâche :

« Comme le commerce, dit-il dans le préambule de « l'ordonnance de 1669, et particulièrement celui qui se « fait par mer, est la source féconde qui apporte l'abon- « dance dans les États et la répand sur les sujets à pro- « portion de leur industrie et de leur travail; qu'il n'y a « point de moyen pour acquérir du bien qui soit plus inno- « cent et plus légitime; aussi a-t-il toujours été en grande « considération parmi les nations les plus policées, et uni- « versellement bien reçu, comme une des plus honnêtes « occupations de la vie civile... Comme il importe au bien de « nos sujets, et à notre propre satisfaction, d'effacer entiè- « rement les restes d'une opinion qui s'est universellement « répandue, que le commerce maritime est incompatible « avec la noblesse, et qu'il en détruit les privilèges, nous « avons estimé à propos de faire entendre notre intention « sur ce sujet, et de déclarer le commerce de mer ne pas « déroger à noblesse, par une loi qui fût rendue pu- « blique et généralement reçue dans toute l'étendue de « notre royaume... A ces causes,... désirant ne rien « omettre de ce qui peut davantage exciter nos sujets à « s'engager dans le commerce et à le rendre plus floris- « sant... Disons, déclarons, voulons, et nous plaît que tous « gentilshommes puissent, par eux ou personnes inter- « posées, *entrer en société*, et prendre part dans les vais- « seaux marchands, denrées et marchandises d'iceux, sans « que, pour raison de ce, ils soient censés et réputés dé- « roger à noblesse, pourvu toutefois qu'ils ne vendent pas « en détail. »

Les faits répondaient à ces paroles; sous l'influence de Colbert, le commerce maritime, et avec lui l'esprit d'association, prenaient des développements rapides et considérables (2).

Bien avant l'ordonnance de la marine, en 1681, une

---

(1) Berryer.

(2) « Le génie de Colbert se tourna principalement vers le commerce, qui était faiblement cultivé, et dont les grands principes n'étaient pas connus. Les Anglais, et encore plus les Hollandais, faisaient par leurs vaisseaux presque tout le commerce de la France. Les Hollandais surtout chargeaient dans nos ports nos

société formée sous ses auspices trafiquait dans les mers de la Chine.

En 1664, au mois de mai, une autre compagnie s'était organisée pour le commerce des Indes occidentales.

Le fonds social était fixé à 15 millions; chacun y pouvait prendre part sans déroger à la noblesse; et comme il fallait des compensations, et surtout des garanties contre la concurrence, à ceux qui risquaient leur fortune ou leur vie dans ces expéditions lointaines, la compagnie obtint :

La propriété des lieux qu'elle devait exploiter, des îles françaises de l'Amérique, du Canada, de Cayenne, du Sénégal, des côtes de Guinée;

Le droit de nommer les gouverneurs et les membres des conseils souverains chargés de rendre la justice;

De pourvoir à tous offices de judicature et de milice;

De choisir les curés;

De concéder et d'inféoder les terres, d'établir des rentes seigneuriales;

De ne payer, pour les marchandises importées en France, que la moitié des droits imposés aux marchandises de même nature.

« Le roi donna plus de six millions de notre monnaie d'aujourd'hui à la compagnie; il invita plusieurs personnes riches à s'y intéresser : la reine, les princes et toute la cour, fournirent deux millions de numéraire de ce temps-là; les cours supérieures donnèrent douze cent mille livres; les financiers, deux millions; le corps des marchands, six cent cinquante mille livres : toute la nation secondait son maître (1). »

Pendant la même année 1664, une autre compagnie fut formée pour le commerce des grandes Indes, avec un capital de sept millions et des privilèges considérables : des gens de toute condition s'y intéressèrent également.

Le commerce se relevait, grâce à cette impulsion puissante de l'opinion qui, pendant si longtemps, l'avait flétri comme une œuvre d'esclave. La plus haute noblesse ne dédaignait plus de s'associer à ses chances. Était-ce un sacrifice à la volonté du prince, ou la noblesse avait-elle compris ce que son concours promettait d'avantages au pays : la marine fortifiée, l'honneur du nom français porté dans des contrées lointaines, la nation affranchie de l'humiliant tribut qu'elle avait payé jusque-là à l'intelligente activité des Italiens, des Hollandais, des Anglais même?

Avait-elle compris que les services rendus dans les armées ne sont qu'une forme du dévouement à son pays; et que rien de ce qui concourt à sa prospérité et à sa grandeur n'est indigne de la vraie noblesse? Quel qu'en ait été le mobile, l'histoire doit constater ce fait de la participation de l'aristocratie aux puissantes associations créées ou provoquées par le génie de Colbert.

Cette fois encore le succès ne répondit point aux espérances. La rupture avec l'Angleterre, des avances inconsidérées aux planteurs, la baisse des marchandises, dont le prix décroissait à mesure que les importations étaient plus abondantes, les fautes inséparables d'une administration dont les détails embrassaient les deux mondes, l'absence d'une direction puissante, entraînèrent la ruine de la compagnie des Indes occidentales. A ces causes, il faut en ajouter une, la plus grave de toutes peut-être : la concurrence inattendue de sociétés particulières que le gouvernement, plus jaloux, en apparence, de la prospérité générale que de la religieuse exécution de ses promesses, avait autorisées.

Il faut dire toutefois, pour effacer ce blâme, que le trésor public rendit aux actionnaires les capitaux qu'ils avaient mis dans l'entreprise : Colbert ne voulut pas que la confiance qu'on avait eue dans une société fondée par lui et dont les privilèges n'avaient pas été respectés, fût pour les intéressés une cause de dommage. Sage et noble dépense, dont la compensation devait bientôt se trouver, pour le trésor lui-même, dans la sécurité donnée à l'esprit d'association, et dans l'élan rapide imprimé au commerce français.

A ce moment, en effet, le commerce extérieur suivait un développement parallèle aux progrès de l'industrie manufacturière.

Le pavillon français flottait sur toutes les mers. Nantes, Bordeaux, la Rochelle, tous les ports de la Méditerranée étaient le théâtre de vastes spéculations sur les denrées du nouveau monde, dont la France partageait le marché avec les autres nations maritimes de l'Europe. On construisait, on armait des bâtiments, et l'esprit d'association pourvoyait largement aux capitaux nécessaires à ces entreprises gigantesques.

Jusque-là, les usages étaient à peu près la seule règle des relations commerciales. Les lois faites pour déterminer les droits et les devoirs des associés étaient restées sans exécution : il devenait donc urgent de faire des règlements qui ne laissassent plus au hasard les principes, et les intérêts.

Une ordonnance, véritable chef-d'œuvre de rédaction et de sens, définit et régla le caractère et les effets de la société en nom collectif, et de la société en commandite;

La raison sociale dans les sociétés en nom collectif, fiction empruntée aux institutions commerciales de l'Italie, et qui, faisant de la société un être complexe, indivisible, distinct des associés eux-mêmes, ayant son patrimoine particulier, ses droits, ses devoirs, ses actions, donne à la réunion des intérêts sociaux une représentation qui les personnifie;

Le principe de la solidarité, depuis longtemps appliqué par les tribunaux, et qui, confondant en une seule personne tous les associés responsables, soumet chacun d'eux, individuellement, pour la plus prompte et la plus sûre exécution des engagements sociaux, au payement intégral de la dette commune;

La différence entre l'associé en nom collectif et le simple commanditaire; admirable combinaison, appliquée par le génie mercantile des Italiens aux besoins du commerce, et permettant au capitaliste d'en courir les hasards, en limitant ses pertes à l'avance.

Cette ordonnance, en outre, instituait définitivement, comme le seul tribunal compétent pour juger les contestations nées de la société entre les associés, la juridiction arbitrale, dont l'utilité chaque jour plus contestable au temps où nous vivons, était immense à une époque où la lenteur des formes, l'ignorance presque absolue des règles du commerce, la publicité même des débats pouvaient

denrées, et les distribuaient dans toute l'Europe. Le roi commença, dès 1662, à exempter ses sujets d'une imposition nommée le *droit de fret*, que payaient tous les vaisseaux étrangers, et il donna aux Français toutes les facilités de transporter eux-mêmes leurs marchandises à moins de frais. Alors le commerce maritime naquit; le conseil de commerce, qui subsiste aujourd'hui, fut établi, et le roi y présidait tous les quinze jours.

« Les ports de Dunkerque et de Marseille furent déclarés francs, et bientôt cet avantage attira le commerce du Levant à Marseille, et celui du Nord à Dunkerque. » (VOLTAIRE, *Siècle de Louis XIV*, *loc. cit.*)

(1) VOLTAIRE.

compromettre les droits des parties contractanctes, et l'avenir des conventions.

Sous cette législation, l'esprit d'association sembla prendre une ardeur nouvelle; des sociétés particulières s'organisèrent en grand nombre à côté des grandes compagnies dont le gouvernement encourageait les efforts, par des priviléges et des subsides,

Dès 1669, une compagnie avait été formée sous le nom de *Compagnie du Nord*. « Louis XIV y avait mis des fonds, » dit Voltaire, comme dans celle des Indes; et il parut » bien alors que le commerce ne déroge pas, puisque les » plus grandes maisons s'intéressaient à ces établisse» ments, à l'exemple du monarque. »

En 1673, la compagnie du Sénégal est instituée, embrassant dans sa concession la côte d'Afrique, depuis le cap Blanc jusqu'au cap de Bonne-Espérance. C'était un démembrement du privilége accordé autrefois à la compagnie des Indes.

En 1683, la compagnie de l'Acadie entreprend le commerce du castor, et l'exploitation des colonies voisines de Québec.

En 1685, un commerce odieux, réprouvé par la morale et l'humanité, attentatoire aux lois divines, et qu'on défendait alors sous des semblants de religion, la traite des nègres, est l'objet de la compagnie de Guinée (1).

« Ce commerce, dit un auteur du temps (2), paraît in» humain à ceux qui ne savent pas que ces pauvres gens » sont idolâtres ou mahométans, et que les marchands » chrétiens, en les achetant de leurs ennemis, les tirent » d'un cruel esclavage, et leur font trouver, dans les îles » où ils sont portés, non seulement une servitude plus » douce, mais même la connaissance du vrai Dieu et la » voie du salut, par les bonnes instructions que leur don» nent des prêtres et religieux qui prennent soin de les » faire chrétiens; et il y a lieu de croire que, sans ces » considérations, on ne permettrait pas ce commerce. »

Et après avoir parlé du désespoir de ces infortunés à la vue du rivage qu'ils quittent pour jamais, de leurs efforts pour briser leurs fers ou pour mettre un terme à leur misérable vie, l'auteur ajoute :

« ... Quand ils ont perdu leur pays de vue, ils commen» cent à se consoler, et particulièrement quand on les » régale de l'harmonie de quelque instrument; c'est pour» quoi il serait bon, pour la conservation des nègres, » d'embarquer quelque personne qui sût jouer de la mu» sette, de la vielle, du violon, ou quelque autre instru» ment, pour les faire danser et tenir gais le long du » chemin; car c'est un bon moyen pour les transporter » en santé, et quand on les expose en vente, on les vend » toujours davantage, quand ceux qui les achètent les » voient gais et gaillards... »

Enfin, dans les années 1698, 1700 et 1710, trois nouvelles associations s'établissent :

En 1698, la compagnie de Saint-Domingue pour le commerce des cuirs verts. Elle devait avoir un capital de 1,200,000 fr., transporter, en cinq ans, dans la colonie, 1,500 Européens et 2,000 nègres, équiper six navires, bâtir à ses frais des églises, y entretenir des prêtres, et pourvoir à l'instruction des colons.

En 1700, la compagnie du Canada pour exploiter le commerce du castor, dont un arrêt du 9 février 1700 lui conférait le privilége exclusif;

En 1710, la compagnie de la baie d'Hudson, dont les efforts s'appliquaient à la vente des pelleteries du Nord.

Cependant la fortune s'était montrée contraire à presque toutes ces entreprises.

On a vu ce qu'était devenue la compagnie des Indes occidentales.

La compagnie des Indes orientales, affaiblie par des pertes successives, à peine en état de soutenir un reste de concurrence à Surate, et sur quelques côtes voisines du Bengale, avait été réduite à trafiquer de son privilége, en le cédant à des particuliers réunis en société.

La compagnie du Sénégal était grevée de dettes énormes.

Là s'étaient englouties, sans résultat, des sommes immenses. Un découragement profond faisait place à l'ardeur qui, pendant vingt années, avait emporté les capitaux vers ces spéculations dont le siége et l'objet appartenaient à un monde inconnu; et telle était la disposition des esprits, lorsque, en 1717, la compagnie des Indes fut fondée par le célèbre Law.

Elle devait exploiter la Louisiane et le Mississipi, découverts en 1614 par Robert Delasalle.

Des priviléges considérables lui étaient accordés, et la réputation du fondateur semblait un gage assuré de succès.

Mais en vain parlait-on avec enthousiasme de la magnificence et de la fertilité de cette nouvelle contrée, de l'abondance de ses produits, de la richesse de ses mines, plus considérables, disait-on, que celles du Mexique : ni la faculté accordée aux étrangers d'acquérir des actions avec exemption de tous droits d'aubaine, de confiscation et de représailles; ni la modicité du prix de ces actions (elles étaient de 500 fr. sur lesquels un dixième seulement devait être payé comptant); ni l'attrait de l'inconnu, ne réveillaient l'esprit de spéculation, tant les mécomptes du passé avaient été cruels!

A cette cause de discrédit se joignait l'opposition du parlement.

Dépouillé de toute influence sous le règne précédent, la minorité de Louis XV lui semblait une favorable occasion de la reconquérir. Il fatiguait le régent de ses tracasseries, et laissait éclater contre les projets de Law la plus vive animosité.

Law avait dit hautement que, par son système de crédit, il rendrait la cour indépendante des parlements; qu'elle ne serait plus forcée de recourir à des impôts extraordinaires. Il promettait même de fournir au régent le moyen de rembourser les charges de judicature.

Il est permis de croire que ces indiscrètes paroles avaient éveillé des préventions et des ressentiments, et que l'intérêt personnel, joint à la haine des nouveautés, si naturelle à un vieux corps de magistrature, eut plus de part à l'opposition du parlement, que le sentiment des dangers inhérents à la spéculation nouvelle.

Lorsqu'on avait discuté le système de la banque créée par l'édit du 2 mai 1717, un des commissaires, membre du parlement, avait présenté comme objections sérieuses, ces idées, « qu'une banque ne pourrait payer, si tout le » monde à la fois voulait réaliser ses billets; que sa » caisse tenterait l'avidité du gouvernement; que les » billets avaient l'inconvénient particulier de pouvoir être » perdus ou volés plus facilement que le papier. »

(1) Un peu plus tard, en 1702, une compagnie nouvelle, la compagnie de l'*Assiente*, vint, avec un nouveau capital, remplacer celle de Guinée. A peine osons-nous dire, qu'au nombre de ses engagements, était celui de fournir aux colonies espagnoles, dans un court espace de temps, 86,000 nègres!

(2) SAVARY, p. 229.

La constitution même de la compagnie n'était guère plus solidement attaquée.

Un lit de justice ferma la bouche au parlement.

Débarrassé de cet obstacle, Law mit promptement en œuvre les moyens propres à assurer le succès de son entreprise. Lié avec un grand nombre de seigneurs qu'attiraient son esprit, sa fortune, et l'espérance de grands bénéfices, il les engage à acheter des actions, dont il promet l'élévation rapide. Elles étaient à 300 fr. ; il en achète 200 au pair pour une époque rapprochée, et paye immédiatement la différence montant à 40,000 fr., pour le cas où il ne prendrait pas livraison au terme fixé.

C'est le premier exemple d'un marché à prime.

Il y avait, dans la nouveauté d'un tel fait, de quoi frapper les esprits et surexciter les imaginations. Le crédit de Law se releva et s'accrut ; et, au mois d'avril 1719, les actions approchaient du pair.

Le moment était favorable à la réalisation de ses projets. Il réunit au commerce des Indes occidentales le commerce des Indes orientales ; un édit de mai 1719 attribue à la compagnie qu'il a fondée le privilége exclusif du commerce depuis le cap de Bonne-Espérance jusque dans les mers du Sud ; désormais, Madagascar, Bourbon et l'île de France ne pourront être fréquentés que par elle : il en est de même de la côte de Sofala, en Afrique ; de la mer Rouge, de la Perse, du Mogol, de la Chine et du Japon ; enfin il acquiert le Sénégal de la compagnie qui le possédait. La compagnie embrassait ainsi dans un immense privilége, le commerce français en Amérique, en Afrique et en Asie.

Sous l'influence de toutes ces causes, les actions prirent un rapide essor.

Par une disposition, reproduite des édits de 1664, leur propriété n'entraînait pas dérogeance ; et la plus brillante noblesse assiégeait les avenues de l'hôtel de Law, sollicitant des souscriptions. Aussi endettée que le trésor royal, par suite de ses dissipations, et des longues guerres du siècle, elle cherchait, dans des spéculations hasardeuses, le moyen de gagner au moins la valeur de ses dettes. Elle entourait, elle flattait Law, qui, moins occupé de son intérêt personnel, que du soin de se faire des partisans, donnait presque toutes les actions à ses amis de cour.

Bientôt, l'empressement dégénéra en fureur. Les actions de 500 fr., dans l'origine, atteignirent en peu de mois le chiffre de 8,000 fr. ; au mois de novembre 1719, celui de 15,000 fr., c'est-à-dire trente capitaux pour un ; elles furent vendues, en décembre, 20,000 fr. (quarante capitaux pour un).

La rue Quincampoix était le théâtre de cet agiotage effréné. Toutes les classes de la société s'y précipitèrent, enivrées des mêmes illusions ; on y voyait confondus, le noble illustré sur les champs de bataille, des magistrats, des gens d'Église, des commerçants, des bourgeois paisibles, des domestiques que le spectacle de fortunes rapides remplissait de folles espérances. Des artisans laborieux, des rentiers même, mécontents d'une médiocrité heureuse et calme, se laissent emporter sur cette mer orageuse. Les propriétaires transforment leurs terres en capitaux ; les grandes dames vendent leurs diamants, et les échangent contre le papier de la banque.

Aux habitants de Paris, se joignaient un grand nombre de provinciaux et d'étrangers ; des Gascons, des Provençaux, des Génois, des Vénitiens, des Genevois, des juifs allemands, des Flamands, des Anglais. Beaucoup de gens, arrêtés par leur timidité ou leur ignorance, donnaient mandat à d'intrépides agioteurs de jouer pour leur compte.

Comment dire les faux bruits de tout genre, les absurdités, les mensonges répandus au sein de cette foule, pour amener la hausse ou la baisse ? Comment énumérer les fortunes élevées ou détruites par ces mouvements aveugles et désordonnés ? On pouvait gagner un million par jour ; et des valets devinrent, sur un heureux coup de dés, aussi riches que leurs maîtres.

Le travail seul rend l'homme digne de la fortune, et lui apprend à en jouir avec modération. La faculté soudaine de s'enrichir excita dans toutes les classes, et surtout chez la multitude, une détestable ambition, un goût dangereux de luxe, une funeste émulation de joies grossières et brutales.

Jamais, en France, les mœurs du peuple n'avaient reçu une aussi profonde atteinte. Les enrichis cherchaient des jouissances excessives, violentes, comme il en faut au joueur. C'était, dans les hôtels, acquis par eux la veille, et qu'ils s'étonnaient d'habiter, une image de ce luxe gigantesque qui avait signalé la corruption romaine ; des meubles d'or et d'argent massif ; des pierreries, des parfums, des fontaines d'eaux odorantes, les fruits les plus rares des deux mondes, des poissons monstrueux. Un Mississipien, enchérissant sur un grand seigneur, payait une gelinotte deux cents livres (1).

Le moment n'était pas loin où ces illusions devaient s'évanouir. Le papier n'a de valeur qu'autant qu'il représente des réalités. Un jour allait venir où les ressources de la compagnie seraient pesées ; où l'on se demanderait si le commerce des Indes avait produit, s'il pouvait produire assez de bénéfices pour justifier la prodigieuse élévation du capital, et assurer le payement d'un intérêt proportionné. Pour donner 5 pour 100 à ce capital si soudainement accru, 400 ou 500 millions auraient été nécessaires ; et les revenus dépassaient à peine 80 millions.

Il fallait bien que l'exagération disparût, dès que la fiction et la réalité entreraient en comparaison ; à la fin de décembre 1719, les actions étaient à 20,000 fr. ; en juin 1720, elles étaient tombées à 2,500 fr. ; en octobre elles ne valaient plus que 200 fr. ; au mois de novembre, un an après leur plus grande vogue, il n'en était plus question. On vendait sur la place Vendôme, convertie en une sorte de bazar, l'orfévrerie, les meubles précieux, les voitures, les chevaux des joueurs ruinés. Les moyens violents auxquels on avait eu recours pour soutenir le système, n'en avaient pas même retardé la chute. La terreur avait suivi la même progression que l'engouement ; et, de ces apparences décevantes, il ne restait qu'un fatal souvenir, un ébranlement profond des mœurs publiques, des fortunes scandaleuses, et des désespoirs que rien ne pouvait apaiser.

De ce moment, les grandes entreprises, frappées de discrédit et de mort, n'excitèrent plus que le dégoût et la crainte. L'esprit public, suivant sa pente naturelle, imputait aux choses, un résultat dû tout entier aux vices et aux infirmités de l'homme. On ne voulut voir dans ces vastes associations si vantées d'abord, que des occasions de fraude et de ruine ; et personne, à quelque classe qu'il appartînt, n'aurait consenti à recommencer des expériences si funestes.

L'action du contrat de société se trouva limitée à des spéculations particulières ; et cet état de choses se continua, sans modifications essentielles, jusqu'au moment où la révolution française éclata.

L'inévitable conséquence de cette terrible secousse était de suspendre toute opération commerciale. Le commerce

(1) *Encyclopédie progressive*, article *Law*, par THIERS.

à besoin de paix et de sécurité. Quelles opérations aurait-il entreprises, quand le peuple arraché à ses travaux se jetait sur la place publique, et quand l'ouvrier désertant les ateliers courait à la frontière pour défendre contre l'invasion étrangère le sol de la patrie?

Mais les révolutions sont comme les torrents, qui ne couvrent que passagèrement les terres qu'ils dévastent; le calme devait renaître de l'excès même de l'agitation. Une grande nation ne peut se passer longtemps de commerce et de l'industrie.

Sous le Directoire, il avait suffi de remettre en honneur les doctrines de l'ordre, du droit et de la justice, pour que la société changeât de face.

« Une sécurité dont le pays avait perdu l'habitude rap« pela la confiance, et avec elle le commerce et l'indus« trie... Il n'avait fallu que vingt mois d'une ébauche de « liberté légale pour produire un si grand bien (1). »

Aussi, lorsque le gouvernement consulaire s'empara de la révolution, le peuple désabusé par une triste expérience des sanglantes comédies où s'était, sans profit personnel, usée son énergie, revint naturellement à des habitudes régulières. Sous la volonté puissante qui avait dompté l'émeute, le commerce prit un rapide essor; et, chose digne de remarque! par une glorieuse solidarité de vues avec Louis XIV et Colbert, le chef de l'État ne crut pas que ce fût assez faire pour l'industrie que de la protéger. Il voulut l'honorer comme un des éléments essentiels de la prospérité publique. Louis XIV anoblissait les citoyens qui avaient rendu, par la fondation de manufactures, de grands et réels services à l'industrie; Napoléon leur ouvrit les portes du sénat. Les hommes utiles marchèrent les égaux des plus grands capitaines et de ceux que le hasard de la naissance avait placés à la tête de la société. Politique admirable, qui honore dans l'homme ce qui fait sa supériorité véritable, l'intelligence et le travail; et qui appelle toutes les aptitudes, tous les talents à concourir, par une émulation généreuse, à la grandeur de la patrie!

L'empire ne devait pas tarder à recueillir le fruit de ses actes. Dès ce moment, l'industrie lyonnaise entre dans une voie de progrès jusqu'alors inconnue. Les manufactures de la Normandie et du Midi se développent avec éclat; les fabriques de Sédan accroissent le nombre et la perfection de leurs produits. Alors aussi commence la prospérité de l'Alsace; et l'esprit d'association, dégagé des fâcheux souvenirs sous le poids desquels il semblait accablé, se réveille, et couvre la France de travaux et d'établissements importants. Les institutions dont l'influence a contribué si puissamment à la prospérité du commerce intérieur se sont constituées, ou, comme la banque de France, consolidées à cette époque.

Enfin, comme sous Louis XIV, une législation nouvelle est appelée à régler les rapports transformés par le temps et la ruine des vieilles institutions. Le code de commerce de 1807 fixe avec plus de précision et de netteté les caractères, les conditions, les effets des associations commerciales; et, ajoutant aux dispositions de l'ordonnance de 1673, il autorise la division par actions du capital des sociétés en commandite.

Qui alors aurait songé que cette facilité nouvelle donnée à l'association des capitaux, deviendrait l'occasion des plus monstrueux abus, une source de fraudes et de scandales; et qu'elle finirait par compromettre l'existence même de la commandite, en la convertissant, aux yeux de spéculateurs mécontents, en une cause permanente de dol et d'escroquerie?

C'est au code de 1807 qu'appartient aussi l'institution de la société anonyme, si différente, par ses caractères et ses effets, du contrat qui, sous l'ordonnance de 1673, avait reçu ce nom.

La société anonyme, telle que l'a faite le code de commerce, agrégation de capitaux, est l'instrument des grandes combinaisons commerciales, auxquelles suffiraient difficilement, et les fortunes individuelles, et même les ressources des sociétés particulières.

Elle ne comporte pas d'engagements solidaires des associés, comme la société en nom collectif; elle n'entraîne pas même d'obligation personnelle pour l'administrateur qui traite avec les tiers. Simple mandataire, il doit compte aux actionnaires de l'exécution de son mandat. Ses obligations ne vont pas au delà.

On comprend que le législateur devait placer des contrepoids à côté des exceptions au droit commun qui caractérisent ce genre de société. Sans individualité, pour ainsi dire, sans gérants responsables, administrée par des mandataires dont la ruine des affaires sociales ne compromet pas la fortune, la société anonyme pouvait être une source d'abus et de fraudes; elle pouvait devenir un moyen de battre monnaie aux dépens du public. La loi y a pourvu, en la plaçant sous le contrôle immédiat du pouvoir. La société anonyme ne peut exister sans une autorisation du gouvernement. Les éléments de l'association projetée, ses bases, ses statuts, ses moyens d'exécution, ses chances ou ses probabilités de succès, tout est l'objet d'une appréciation sévère et éclairée; et pour que la foi des tiers ne puisse être trompée, une publicité complète est donnée à l'acte de société.

Il ne faut pas, cependant, exagérer l'importance de ces sages précautions. Le contrôle qui précède l'autorisation n'est pas un gage de succès. Le gouvernement ne doit examiner et n'examine qu'une chose : si le point de départ est sincère; s'il y a, dans le but que la société se propose d'atteindre, et dans ses moyens de réalisation, quelque chose de sérieux et de probable; si l'objet de l'exploitation a des conditions de vitalité. Mais le succès c'est l'avenir, c'est l'inconnu, dont la prescience échappe à ceux-là mêmes dont l'intérêt personnel, toujours inquiet et défiant, excite la sagacité.

Ne semble-t-il pas que rien désormais ne pouvait arrêter la prospérité du commerce? La faveur attentive du chef de l'État, la tranquillité du pays au dedans, sa prépondérance au dehors, l'industrie naturelle des habitants, le bien-être général étaient comme autant de gages de succès. Mais ce n'est pas assez, pour consolider la puissance commerciale, de protéger, d'honorer le commerce, de le régler par des lois sages. Il faut encore qu'il ne trouve pas d'obstacles dans les complications de la guerre et de la politique. La guerre heureuse est un auxiliaire du commerce; il marche à la suite des armées victorieuses, étend avec elles le cercle de ses opérations, et porte ses produits jusqu'où va la conquête. Mais si la fortune change, si les armées vaincues se replient sur le territoire menacé; les débouchés, en vue desquels l'industrie a multiplié sa production, se ferment tout à coup; la fabrication languit et s'éteint, et le négociant, au milieu des produits entassés dans ses magasins, n'a d'autre perspective que la ruine.

La chute de la prospérité commerciale en France n'avait pas attendu ce terme. On sait les conséquences du blocus continental, et de quels coups il avait frappé le commerce maritime. On osait à peine hasarder une expédition sur les mers envahies par les croiseurs anglais, et il semblait

(1) Le comte PORTALIS, *Éloge de M. Siméon*, à la chambre des pairs, p. 36.

même que le goût des grandes spéculations se fût éteint au milieu des obstacles que la guerre avait créés, et qu'elle rendait chaque jour plus difficiles à surmonter.

Mais à la paix, les esprits se réveillèrent, et l'on vit le commerce s'élancer dans toutes les directions avec une ardeur qui ne s'est plus arrêtée. Chose étrange! la restauration semblait amener à sa suite les idées et les préjugés d'un autre temps, le mépris de certaines occupations, l'antipathie pour le négoce. Loin de là, le mouvement interrompu sous l'empire recommence, entraînant dans sa sphère non-seulement l'homme obscur dont l'avenir était soumis à l'actif emploi de ses forces, mais les plus grands noms de la monarchie; tout le monde, à dater de cette époque, combine, calcule, et veut prendre part à des gains dont on s'exagère l'importance.

Bientôt même les chances ordinaires du commerce ne suffisent pas à cette ardeur fébrile; on tente le hasard de la bourse en jouant sur la hausse et la baisse des fonds publics. Que de fortunes inopinément faites et détruites au milieu de cette frénésie! Que de patrimoines dévorés! Que de scandales et de ruines!

Il est des époques fatales où l'amour de l'argent se substitue à tout autre mobile de l'activité humaine. La restauration a commencé l'une de ces époques. Sous l'empire, la gloire des armes séduit les cœurs, et entraîne sur les champs de bataille une jeunesse avide de dangers. On cherche, en combattant pour la patrie, l'illustration, les titres et la fortune. Sous la restauration, c'est l'amour du luxe qui s'empare de toutes les classes de la société, et toutes, avec un aveuglement à peine croyable, se jettent à l'envi dans les plus folles entreprises. Ce n'est pas la réalité qu'on cherche, elle est trop lente à venir, mais la fiction, avec son cortége ordinaire de ruses et de tromperies.

C'est sous cette détestable influence que se sont organisées les sociétés en commandite, dont les désastres et les scandales ont porté au commerce et à l'industrie de si funestes atteintes.

Ainsi des mines invraisemblables ou épuisées, et dont l'État avait à peine fait l'objet d'un examen fugitif; des brevets d'invention d'une application impossible, même dans la main de l'inventeur; des procédés sans valeur actuelle ou future; des découvertes consignées depuis un siècle dans des ouvrages imprimés, vingt fois essayées, et vingt fois condamnées par la démonstration de leur impuissance; des systèmes de fabrication insaisissables; les bitumes de toutes couleurs, les marais, les montagnes, les marbres, les cuirs, les bougies, la dot des filles au berceau, les désastres de la grêle, la mortalité des bestiaux, et jusqu'aux frais des débats judiciaires, tout est devenu matière à société en commandite. Chacun a voulu être fondateur, gérant, ou, pour le moins, actionnaire; gentilshommes et roturiers ont rivalisé de zèle; la foi des rentiers eux-mêmes s'est ébranlée; ils se sont pris de dégoût pour les fonds publics, dont l'amélioration ou l'avilissement s'opère habituellement avec lenteur et par gradations insensibles; et on les a vus déserter ce solide placement de leurs ressources, pour prendre leur part de ces gains si pompeusement annoncés.

De quelles déceptions, de quelles fraudes cette fièvre d'industrialisme n'a-t-elle pas été cause! Ce que les fondateurs des sociétés avaient acheté quelques mille francs, est vendu pour un prix dix, vingt, cent fois plus grand à des réunions d'actionnaires! Mais qui s'inquiétait alors de ce que valait en réalité l'objet mis en commun? Il ne s'agissait, pour personne, d'industrie sérieuse. L'association, pour le fondateur, était une occasion d'escroquerie; pour les associés un prétexte d'agiotage. Qu'importe la valeur de la chose sociale, quand, avant leur émission même, les actions qui la représentent sont cotées à la bourse à une somme deux ou trois fois supérieure à leur valeur normale!

Il est triste de trouver parmi les causes de propagation les plus actives de cette dépravation commerciale, l'action de la presse devenue complice des industriels qui fondaient sur la ruine de leurs dupes l'espoir de leur fortune. Qui, en effet, n'a lu pendant plusieurs mois, et chaque matin, fastueusement étalées dans les colonnes de certains journaux, toutes les merveilles promises par les sociétés dont ils s'étaient faits les patrons? Des dividendes de 20 pour 100 en sus de l'intérêt autorisé par la loi commerciale en étaient les moindres profits.

Et ces mensonges, pénétrant jusque dans les chaumières, y excitaient une aveugle cupidité! On ne comprend que trop combien le parallèle sans cesse reproduit des résultats si lents et si rudes à conquérir dans les travaux de la campagne, avec la richesse coulant, comme à plains bords, des spéculations industrielles, pouvait décourager le travail patient et modeste, allumer la soif du gain, et provoquer des placements qui ne devaient pas avoir de lendemain.

Ainsi se reproduisait, à un siècle de distance, et sous l'influence de causes analogues, la dangereux agiotage dont la compagnie du Mississipi avait été l'occasion. Tant il est vrai que l'action du temps et la civilisation modifient à peine les passions de l'homme, et que l'expérience du passé ne profite guère aux générations nouvelles!

Telle a été, de 1828 à 1837, l'histoire de l'industrie. D'un côté, le mensonge et la ruse; de l'autre, un amour insensé du gain; l'agiotage partout, et au milieu de ce pêle-mêle d'escrocs et de joueurs, quelques esprits confiants et crédules, destinés de tout temps à servir de victimes aux tromperies les plus effrontées.

Mais l'exagération et le mensonge sont nécessairement passagers, et le jour vient bientôt où la réalité reprend son empire. Un gérant peut, en y consacrant une partie du fonds social, payer aux actionnaires pendant six mois, un an peut-être, l'intérêt et les dividendes annoncés dans le prospectus; mais, ce temps écoulé, la comédie cesse: il n'y a plus d'intérêt à prolonger l'erreur; une vérité funeste dissipe toutes les illusions, et met en face d'une ruine certaine les imprudents qui se sont laissé prendre à ces piéges.

Alors naissent des procès dont l'unique résultat est de dévoiler tout ce qu'il y a eu de décevant et d'immoral dans la constitution de ces sociétés; car, en attaquant le gérant, on n'atteint pas l'auteur du mal. Le gérant est d'ordinaire un industriel de bas étage qui, pour une faible part des gains, a vendu son nom, abritant, sous sa responsabilité, les habiles qui, après avoir conçu l'opération, l'ont effrontément prônée, comme s'ils y étaient étrangers, et qui, les mains souillées d'un bénéfice impur, ont écarté de leur tête, en s'effaçant avec adresse, les orages inévitables de l'avenir.

Aussi la justice a été presque toujours impuissante dans ses répressions. Elle a saisi des fantômes, tandis que la réalité échappait à ses investigations; et en face d'une escroquerie patente, abominable, en présence de conventions dont l'immoralité était sans excuse, car leur auteur n'avait pu s'abuser un instant sur le néant et le mensonge des résultats qu'il promettait; quand l'intérêt général et l'intérêt privé sollicitaient également une réparation éclatante, les armes de la justice se sont émoussées sur un homme sans consistance; et les vrais coupables ont pu jouir impunément de leurs déprédations, insultant à la fois

à l'impuissance des tribunaux, et à la misère de leurs victimes.

Hâtons-nous de le dire, toutefois, ceux dont les plaintes ont retenti devant les tribunaux n'avaient pas tous un droit égal à l'intérêt et à la pitié. Combien peu, en achetant des actions, ignoraient leur valeur véritable! A leurs yeux, le crime de la société n'était pas d'avoir émis des titres d'une valeur chimérique, mais de n'avoir pas prolongé la déception jusqu'à ce qu'ils en eussent eux-mêmes tiré profit.

C'est ainsi, qu'à l'aide d'un instrument, utile et puissant pour le bien dans des mains honnêtes, de rusés charlatans se sont emparés des épargnes d'une foule de capitalistes plus avides qu'éclairés.

« A côté de ces associations frauduleuses, dit M. Rossi, il s'en est formé d'autres, sincères, loyales, qui ont cependant trompé toutes les espérances des fondateurs, donné lieu à d'honnêtes, mais fâcheuses spéculations, et consommé inutilement une partie de la richesse nationale. Ces pertes sont d'autant plus déplorables, qu'elles anéantissent les épargnes des classes laborieuses, augmentent le nombre des prolétaires, en aigrissent l'esprit, en enveniment les sentiments; il est si difficile au pauvre qui a donné son pécule, de ne pas se croire la dupe du riche qui l'a reçu! »

En 1838, au milieu des luttes judiciaires qu'avait suscitées la ruine des sociétés en commandite frauduleusement organisées, une clameur générale s'était élevée contre la forme du contrat; l'opinion justement alarmée sollicitait un prompt remède au mal. Un projet fut élaboré dans les conseils du gouvernement.

Mais ce projet, examiné par une commission de la chambre des députés, n'a pas subi l'épreuve d'une discussion publique. Il a été retiré; et cependant, le commerce loyal demande avec instance qu'on moralise, en le modifiant, un contrat dont on a fait un moyen de fraude. L'indifférence n'est pas permise, lorsqu'on songe aux intérêts énormes entraînés par les commandites dans leur sphère d'activité; des statistiques dignes de foi portent à plus d'un milliard le capital engagé dans ces sociétés!

Assurément la législation impériale n'a pas eu en vue de tels faits. Ses prévisions ont été dépassées. Le mouvement industriel de la France a subi, depuis 1807, une transformation complète. A des faits, à des rapports nouveaux, il faut des lois nouvelles. Mais qu'on n'aille pas, prenant un mal né des circonstances transitoires pour la condition normale de la commandite, ou supprimer le contrat, ou l'étouffer dans des entraves trop étroites. La commandite est un des instruments les plus actifs du crédit et de l'association; car c'est par elle, que les petits capitaux, attirés vers l'industrie et le commerce, viennent y chercher un emploi meilleur; et que « au sein des couches inférieures de la nation » peuvent se former des agrégations de capitaux et d'intelligences favorables au développement de leur bien-être. Il faut donc se borner à la régler et à la maintenir.

Mais dans quel sens et vers quel but devrait être dirigée la réforme? Si nous avions à choisir entre les moyens de conciliation proposés en 1838, nous n'hésiterions pas à réclamer pour la commandite, de même que pour la société anonyme, l'intervention du gouvernement. Non qu'à nos yeux cette extension de l'administration supérieure aux affaires du commerce privé soit un préservatif infaillible contre la ruine des sociétés; « plus d'un établissement créé par lettres patentes a fait de mauvaises affaires; plus d'une société anonyme, de nos jours, a vu la faillite engloutir son capital social et les intérêts des tiers; « mais comment nier que cette appréciation préalable du conseil d'État ne soit une réelle et sérieuse garantie? Si l'examen le plus attentif des combinaisons de l'acte de société, du but que se propose l'entreprise et de ses ressources, ne saurait constituer une certitude de succès, puisque le succès appartient à l'avenir, et que les prévisions humaines n'en peuvent sonder les profondeurs; grâce à cette intervention, du moins, on verra disparaître les piéges auxquels se sont laissé prendre si facilement la cupidité et la duperie; on ne verra plus des sociétés reposant sur un capital hors de toute proportion avec l'objet livré aux actionnaires; on ne verra plus ces tromperies encore si voisines de nous, et dont on voudrait en vain croire le retour impossible.

Maintenant, du tableau que nous avons tracé des vicissitudes de l'esprit d'association en France, de ses excès, de l'inutilité de ses efforts, faut-il conclure, avec quelques esprits chagrins, que les grands travaux d'utilité publique, les canaux, les chemins de fer destinés à modifier si profondément les relations industrielles et l'économie générale du pays, sont hors du pouvoir de l'association privée? et que ces entreprises, pour le succès desquelles il faut tant de ressources, de temps, d'intelligence et de crédit, ne peuvent, sans le concours et l'action directe du gouvernement, se réaliser utilement?

Selon les uns, c'est à la centralisation qu'il faut attribuer l'impuissance de l'esprit d'association parmi nous. La centralisation politique et administrative donne aux peuples des habitudes funestes d'inertie et de nonchalance. « C'est une tutelle perpétuelle; elle finit par rendre incapables les nations dont elle proclame l'éternelle minorité. C'est ainsi que l'association supérieure et générale, au lieu de féconder le principe de sociabilité, et de lui faire porter tous ses fruits, l'absorbe et le fait oublier. On a tellement laissé d'affaires, grandes, petites, minimes même, au gouvernement, qu'on se persuade aisément qu'il doit tout faire; que c'est là sa mission, son devoir, et que les particuliers n'ont qu'à lui faire connaître leurs besoins. Pourquoi s'inquiéter d'associations spéciales, lorsqu'on est convaincu qu'on a dans l'association générale un moyen infaillible de tout faire, et un prétexte honorable pour se laisser aller sans regret aux béatitudes de l'inertie (1)? «

Selon d'autres, au contraire (2), le mal tient *au sentiment de l'indépendance individuelle, de la grande valeur personnelle de l'homme entré, par le christianisme et par les races germaniques, dans les éléments de la civilisation moderne.* On craint de trouver, dans l'association des intérêts civils, la tyrannie dont l'ordre politique s'est affranchi; dans les choses relatives à la propriété privée, comme dans les matières qui touchent aux droits du citoyen, on redoute la dépendance. Le gouvernement, nécessaire à toute société industrielle, excite presque la même défiance que le gouvernement de l'État...

Qu'il nous soit permis de penser, avec l'illustre professeur dont nous avons emprunté les paroles, qu'il n'y a pas de fondement dans ces plaintes. Si d'une part, en effet, la centralisation peut affaiblir l'esprit politique du pays, il est évident qu'elle ne peut avoir d'influence sur le mouvement des intérêts privés. La centralisation ne se forme sans doute qu'aux dépens des forces individuelles qu'elle tend à absorber, et il en est du sentiment politique comme

(1) Rossi, *Cours d'économie politique.*
(2) Troplong, *Histoire du contrat de société.— Revue de législation.*

de tous les moyens d'activité mis au service de l'homme. L'exercice fréquent le développe et le fortifie; mais s'il reste oisif, il périt.

On peut donc admettre que, pour tout ce qui touche à la politique et aux intérêts généraux du pays, le pouvoir, en attirant à lui le gouvernement et l'administration, endort les citoyens dans une indifférence voisine de l'inertie. Pourquoi s'en préoccuperaient-ils, lorsqu'ils voient sous leurs yeux, sans leur intervention, la machine fonctionner et faire circuler, dans toutes les veines du corps social, le mouvement et la vie? Mais aussi comment les intérêts individuels, le progrès et le développement de la richesse privée, subiraient-ils l'influence de la centralisation? Quelqu'un aujourd'hui s'aviserait-il d'attribuer au pouvoir la mission de constituer et de grossir les fortunes particulières, tandis que les citoyens resteraient dans la plus complète inaction? « C'est donc exagérer l'objection, que « d'imaginer qu'elle s'applique à toutes choses, même à « celles où l'intervention directe du gouvernement est « maintenant impossible. » On peut finir par se persuader qu'un chemin de fer sera exécuté, au moyen des ingénieurs officiels et de l'impôt, mieux et plus sûrement qu'il ne le serait par des sociétés particulières, sans cependant imaginer qu'on ne doit plus s'occuper sérieusement de ses propres affaires, ni chercher dans le concours de ses voisins, de ses amis, les moyens qu'on ne trouverait pas en soi-même.

« Comment croire, ajoute avec raison le savant profes- « seur, que les peuples qui ont appris, par leur organisa- « tion politique, à connaître la puissance du principe de « l'association, les sacrifices qu'il exige, les compensations « qu'il offre et les immenses résultats qu'on en retire, que « ces peuples, dis-je, ne sauront pas, pour les affaires où « l'action directe du pouvoir n'est pas possible, s'élever à « la pensée de l'association particulière, et donner à cette « association l'organisation, les moyens, la force qui lui « sont nécessaires? Un principe ne peut produire des con- « séquences contraires à sa nature. »

Ceux qui attribuent à la centralisation politique le pouvoir d'immobiliser les esprits dans une apathie que ne réveillerait pas même le sentiment de l'intérêt personnel, se méprennent donc assurément. La centralisation n'est pas le despotisme.

Quand le despotisme trouve les éléments de sa force en lui-même, et prétend ne relever de qui que ce soit au monde, la civilisation puise et retrempe nécessairement, au sein même de la nation, le pouvoir dont elle dispose.

Loin de faire obstacle au libre développement de l'activité de l'homme, « l'autorité le désire et le seconde, et les « associations particulières viennent, dans le domaine de « la science, du commerce et de l'industrie, se coordon- « ner, dans une puissante harmonie, avec l'association « par excellence, la société civile. Là, le même principe « anime et fortifie la centralisation politique et les asso- « ciations particulières; les mêmes habitudes d'organisa- « tion les facilitent et les fécondent; là nul n'ignore que « tout est impossible sans règle et sans hiérarchie (1). »

Il n'est pas permis, quand on interroge l'histoire, de méconnaître le développement que, sous toutes les formes, à toutes les époques, a reçu parmi nous l'esprit d'association. Les communes, les corporations des métiers, l'université, les parlements, le barreau, les corps ecclésiastiques, et puis la Jacquerie, la Ligue, la Fronde, les clubs de 1792, et enfin les associations nombreuses qui se sont formées aussitôt que la paix et la liberté ont permis à la France de s'élancer dans la carrière de l'industrie, ne sont-elles pas des preuves irrécusables que l'esprit français, à la fois théorique et pratique, a su fortement appliquer le principe de l'association à toutes choses, en faire un instrument de richesse ou de puissance, un moyen de résistance ou d'attaque, l'exagérer plutôt que l'affaiblir, tellement l'esprit de corps, et le zèle des intérêts particuliers ou le fanatisme politique se sont montrés ardents, redoutables même, dans plusieurs des associations que nous venons de mentionner (2)?

Mais s'il faut reconnaître l'existence de l'esprit d'association dans le passé, son énergie, ses excès même, ne faut-il pas reconnaître aussi que la cause dont il dérivait a disparu; que l'association considérée comme un instrument de résistance et d'attaque, dans un état social oppressif, devient une arme inutile, quand cet état social n'est plus, et qu'il a fait place à une organisation meilleure? Que, dans un temps où l'individu est en état de se suffire à lui-même, et de prendre son point d'appui dans sa propre indépendance, c'est retourner en arrière que de former des associations, et, quand une tyrannie s'éteint, en constituer une nouvelle (3)?

Sans doute, les circonstances jouent dans la vie de l'homme un grand rôle, et c'est par les nécessités sociales ou politiques qu'il faut, en général, expliquer les sentiments qui se développent chez les nations. Mais l'esprit d'association n'a-t-il pas eu, chez nous, une cause plus profonde que celle qu'on signale? Encore une fois, qu'on le suive dans ses manifestations! Ce n'est pas seulement à des tentatives de réforme ou d'affranchissement politique, qu'on le voit appliquer ses forces; il se reproduit dans toutes les directions, embrassant les lettres, les sciences, l'industrie. N'est-ce donc pas qu'il tient au caractère même de la nation? Et qu'importent alors les transformations politiques et sociales que la France a subies!

Le caractère français est facile, sociable, sympathique; ce sont les qualités que l'association réclame, et la crainte de la dépendance n'est pas telle assurément que les suggestions de l'intérêt personnel ne parviennent à l'apaiser.

N'est-ce pas l'association privée qui a fait les chemins de fer d'Orléans, de Rouen, de Strasbourg à Bâle; et n'est-il pas certain que partout l'époque assignée à la fin des travaux a été devancée?

On suppose les esprits enclins à s'effrayer des gênes que l'association comporte. Mais le principe du contrat est l'égalité de droits et de devoirs, de sacrifices et de prérogatives. En quoi donc l'esprit d'indépendance et même d'individualisme se sentirait-il inquiet? L'association qui réunit en faisceau les forces qu'elle applique aux grandes entreprises, n'absorbe pas d'ailleurs les individus, et le lien qui rattache les associés l'un à l'autre n'est pas tellement étroit qu'ils ne puissent se mouvoir.

Non, l'esprit d'association ne répugne point au caractère français; et nous ne pensons pas que l'organisation actuelle du pays, ni les sentiments nouveaux éveillés ou développés en nous par les révolutions contemporaines, soient un obstacle réel à ce que l'association devienne pour nous ce qu'elle a été pour la Hollande, ce qu'elle est encore pour l'Angleterre et les États-Unis, un instrument de bien-être individuel, une source de grandeur et de prospérité générale.

(1) Rossi.

(2) Rossi.
(3) Troplong.

Tous les intérêts ne doivent certainement pas s'encadrer uniformément dans l'association; la France ne doit pas être systématiquement organisée en sociétés civiles, industrielles, agricoles, pour l'exploitation de la richesse privée. Non, il faut laisser à la variété des intérêts et des habitudes, une large part de liberté ; mais nous croyons fermement l'association appelée à réaliser dans l'avenir plus d'un progrès économique. Pourquoi des associations agricoles ne viendraient-elles pas remédier au morcellement chaque jour plus sensible de la propriété foncière, morcellement utile, incontestablement, à un certain point de vue, mais funeste au progrès de l'agriculture? Pourquoi ne s'élèverait-il pas, en France, des associations territoriales de crédit, comme en Pologne et en Prusse, pour soustraire le petit propriétaire au fléau de l'usure qui, dans certaines contrées, dévore les fruits de son travail, et le patrimoine de sa famille?

Quoique les sociétés qui ont apparu dans ces derniers temps aient eu presque toutes une fatale issue, ce n'est pas une raison pour désespérer de l'avenir. Le mal est venu des hommes plus encore que des choses. Que chacun fasse son devoir : le gouvernement, en proposant aux formes de la commandite les modifications dont l'expérience a montré la nécessité; le ministère public, en tenant l'œil constamment ouvert sur les fraudes qui ont déshonoré l'industrie ; et les capitaux rassurés ne se détourneront plus des spéculations commerciales ; avec la confiance, l'association deviendra un des éléments essentiels de la prospérité publique.

COMMENTAIRE

SUR LES

SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

Art. 18 du code de commerce. Le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 12. *Le contrat de société se règle par le droit commun, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties* (*a*).

PROJET REVISÉ. — Art. 12 *conforme. On y substitue seulement les mots* droit civil *à ceux* droit commun.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

TRIB. DE CASSATION. — Art. 12. Inutile, surtout d'après l'art. 36, qui termine le titre des sociétés.

TRIB. DE PARIS. — Art. 12. Le premier de ce titre est superflu et doit être retranché.

TRIB. DE RENNES. — Art. 12. Un membre a proposé de supprimer l'article comme inutile. « C'est, a-t-il dit, un précepte qui peut trouver place dans la leçon d'un professeur de législation ou de jurisprudence, non dans la loi. La commission, sans supprimer l'article, a été d'avis de substituer aux mots droit commun, ceux-ci : loi civile ; ce qu'elle fonde sur ce qu'aujourd'hui il ne peut plus y avoir d'autre droit commun que la loi civile. »

L'avis du tribunal a été de supprimer l'article comme inutile.

TRIB. D'ORLÉANS. — Art. 12. 1° Cet article est inutile : il ne contient aucune disposition, il n'en prépare aucune, et prouve la vérité de l'observation que les lois concernant le commerce, ont une telle relation avec celles qui règlent les transactions ordinaires, qu'elles devraient être comprises au même code.

2° Si cet article est conservé, il semble qu'il faut substituer les mots *droit civil* à ceux *droit commun*, qui sont en quelque sorte équivoques. C'est aux dispositions du code civil que l'art. 6 renvoie.

3° Ce code civil, art. 2 du ch. XIV, du *Contrat de société*, dit : « Ce contrat se régit par le droit naturel et par les conventions des parties ; » et art. 6 : « Les formalités extérieures pour la publicité des sociétés de commerce sont réglées par les lois particulières au commerce : d'où il résulte que l'on a voulu comprendre dans le code civil tout ce qui concerne les sociétés de commerce en elles-mêmes comme les autres, et que le code de commerce ne devrait contenir que les formalités extérieures, pour la publicité de ces sociétés. On ne doit donc pas dire, dans l'article dont il s'agit ici, que le contrat de société se régit par les lois particulières au commerce. »

(*b*) MOTIFS.

Utilité des sociétés de commerce. — Leurs différentes espèces. — Leurs avantages particuliers.

Discours préliminaire. — Les sociétés méritaient de notre part une attention particulière ; elles entretiennent dans le commerce une régularité plus grande, une comptabilité plus sévère. Quand il y a plusieurs intérêts réunis, il faut que les résultats soient plus exactement connus.

Nous avons distingué quatre espèces de sociétés commerciales.

Nous avons cru devoir déterminer d'une manière positive les effets de la société en commandite. Le tableau des abus qu'on a faits du sens des anciennes lois sur cette sorte d'association serait ici superflu ; ces abus se sont tellement multipliés, qu'il n'est peut-être aucun commerçant qui n'en ait gémi.

Un associé commanditaire est un simple bailleur de fonds, une sorte d'actionnaire dont les risques ne peuvent excéder la somme qu'il a versée ou dû verser dans la société, parce qu'il n'est pas gérant, et qu'on ne peut répondre des actions auxquelles on n'a point participé. L'associé commanditaire ne peut donc être gérant sans perdre sa qualité, et sans devenir solidaire pour toutes les dettes de la société.

Il nous a paru essentiel de distinguer la société par actions et de lui donner son véritable caractère.

Les grandes entreprises commerciales nécessitent une réunion de capitaux qui dépassent souvent les moyens de quelques particuliers. On crée un nombre déterminé d'actions ; des actionnaires prennent part à l'entreprise dans la proportion qu'ils jugent convenable ; les actionnaires ne sont assujettis qu'à la perte du montant de leurs actions.

Cette espèce de société diffère de la société en commandite, en ce qu'elle n'est connue que sous une qualification relative à son objet, et qu'elle est gérée par des administrateurs, au lieu que la société en commandite est gérée sous un nom social par des associés solidaires.

Les grandes entreprises commerciales ne sont avantageuses au commerce que lorsqu'elles ajoutent à ses ressources de nouveaux moyens de circulation et de crédit ; lorsqu'elles ont pour objet un commerce nouveau ou éloigné, et hors de la portée des commerçants. Elles sont dangereuses si elles établissent une concurrence sur des objets que tous les commerçants peuvent atteindre, en ce qu'elles favorisent un monopole funeste au commerce et à la société.

C'est à l'administration publique qu'il appartient de juger les avantages et les dangers de ces sortes d'associations ; elle est plus à portée d'en calculer les effets. Nous avons cru qu'elle seule pouvait les permettre ou les proscrire, et qu'il était avantageux qu'elles ne pussent se former sans son autorisation.

Une autre considération nous a déterminés ; ces grands établissements doivent offrir une garantie suffisante pour assurer leur indépendance et leur crédit ; il est peut-être nécessaire qu'on y établisse une surveillance qui rassure le public et le commerce, sur l'intégrité des administrateurs.

Le code de commerce définit la société commerciale ; il détermine ses différents modes, et les effets particuliers attachés à chacun d'eux. Mais il ne s'occupe pas du contrat en lui-même, de sa formation, de son commencement et de sa fin : ce qui concerne ces points essentiels est dans le code civil.

Il faut donc jeter un regard sur le code civil, et bien que le plan de ce livre n'admette pas de longs

développements sur le droit commun, il est nécessaire d'en exposer succinctement mais complétement les règles, pour échapper aux répétitions et à une obscurité fatigante. Les dispositions du code civil sont la préface obligée de la loi commerciale.

L'ouvrage que nous publions sera divisé en trois parties :

La première est destinée à l'exposition des principes sur la nature, l'objet et les conditions constitutives de la convention de société, et sur la distinction des sociétés ;

La seconde contiendra le commentaire détaillé des articles du code de commerce concernant la société en nom collectif et en commandite, la société anonyme, les associations en participation.

Tout ce qui tient à la dissolution des sociétés et à ses effets, la liquidation et le partage, et à la prescription sera renfermé dans la troisième.

PREMIÈRE PARTIE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

1. Définition du contrat de société.
2. La société ne doit pas être confondue avec la communauté d'intérêts ou la copropriété.
3. Règles à suivre pour les distinguer.
4. Exemples tirés de deux arrêts de la cour de cassation.
5. Le commis intéressé dans une maison de commerce n'est pas un associé.
6. Il y a des conventions qui peuvent, selon l'intention des parties, former une société, ou n'être qu'un mandat, un louage d'ouvrages. Exemples tirés de la loi romaine.
7. Une convention qui n'a pas pour base une mise en commun de capitaux ou d'industrie, et une chance de gain ou de perte, n'est pas une société, quelque dénomination que les parties aient adoptée.
8. Arrêts de la cour d'Orléans et de la cour de cassation qui consacrent ce principe.
9. La société et la communauté d'intérêts produisent des effets entièrement différents.
10. 1re Différence.
11. 2e Différence.
12. 3e Différence.
13. 4e Différence. — La société forme un être moral.
14. Origine de cette fiction.
15. Ses conséquences.
16. Exception pour les associations en participation.
17. La société, être moral, doit être assignée en son domicile, au siége de son établissement.
18. La société commerciale en nom collectif ou en commandite, est valablement assignée en la personne du gérant.
19. La société civile ne peut l'être qu'en la personne de tous les associés ; et, réciproquement, quand la société exerce une action contre les tiers, elle doit être formée au nom de tous les associés. — Arrêt de cassation qui la juga ainsi.
20. Duvergier critique cet arrêt. — Examen de son opinion.
21. L'art. 69 du code de commerce, est inapplicable aux associations en participation.
22. Les créanciers de la société n'ont pas seulement un privilége sur le fonds social ; ils ont une action personnelle contre les associés responsables.

COMMENTAIRE.

1. « La société est un contrat par lequel deux ou « plusieurs personnes conviennent de mettre quelque « chose en commun, dans la vue de partager le béné- « fice qui pourra en résulter. » (**Add.** *Sur les diverses acceptions du mot* société, Troplong, nos 1, 2, 3.)

2. Cette définition donnée par l'art. 1832 du code civil, résume avec netteté le caractère, l'objet et le but de la société. La société naît de la volonté des parties (**Add.** *Sur la nature du contrat de société*, Troplong, no 3 2o) ; son objet est la mise en commun de diverses choses ; son but, le partage des gains que peut engendrer l'exploitation de ces choses ; et c'est là ce qui distingue la société de la communauté d'intérêts que le hasard produit, ou qui résulte, soit de dispositions qui ne sont pas l'œuvre des parties, soit de la loi, lorsque, dans des vues d'intérêt général, elle réunit et centralise des droits et des actions disséminés dans plusieurs mains. Ainsi, une succession s'ouvre, et plusieurs héritiers sont appelés à la recueillir ; un legs est fait à plusieurs conjointement des mêmes objets ; une faillite éclate, qui réunit en la main de syndics toutes les actions des créanciers ; c'est une communauté d'intérêts qui s'établit entre les héritiers, les légataires, les créanciers, mais non une société ; car la volonté des parties n'a pas formé le lien qui les unit ; elles ne se sont pas proposé de collaboration dont le profit se diviserait entre elles. La nécessité a tout fait.

3. Telle est donc la règle à suivre pour éviter la confusion : est-ce par la volonté des parties que les choses dont elles étaient propriétaires sont apportées dans un centre commun, et l'objet de cet apport est-il de composer un fonds dont l'exploitation profite à tous dans une proportion quelconque ? c'est le contrat de société. (**Add.** *Op. conf. de* Troplong, no 16 2o. *Sens du mot* partager, *id.*, no 17.)

S'agit-il, au contraire, d'une indivision étran-

gère au vœu des parties, ou même d'une convention (**Add.** TROPLONG, n° 21) qui, en créant entre elles des rapports, n'exige pas de travail commun, et ne comporte pas de bénéfices, c'est simplement une communauté d'intérêts. Ainsi les assurances mutuelles et les tontines ne sont pas des sociétés. Dans le premier cas, en effet, la position de l'assuré ne change pas. Il demeure, après l'assurance, investi des mêmes droits qu'il avait avant; il a l'entière propriété des choses assurées, il en jouit, il en perçoit les revenus. La convention ne confère à personne une chance de bénéfice; elle n'a d'autre but que d'éviter des pertes. (**Add.** TROPLONG, n° 14.) Dans le second cas, encore bien que des dispositions législatives d'une rédaction vicieuse aient qualifié les tontines de société, il n'y a pas en elles l'élément essentiel de la société; car le capital mis en commun est invariable, aucune collaboration ne tend à le faire fructifier. L'unique objet de la convention est de profiter des extinctions que le temps amène (1).

4. La cour de cassation a jugé, le 4 juillet 1826 (Dalloz, XXVI, 1, 403), que la stipulation faite entre negociants de mettre en commun un capital, et d'en jouir alternativement pendant trois mois, en l'appliquant à leur commerce particulier, ne constituait pas une société.

La chambre des requêtes a également jugé, sur mes conclusions, le 5 janvier 1842 (Dalloz, XLII, 1, 58), qu'il n'y avait pas société lorsque les possesseurs d'une usine convenaient que chacun d'eux l'exploiterait à son tour pour son compte personnel, pendant un certain temps. Il n'y a pas, en effet, dans ces cas, chance de gain et de perte, et une société ne peut exister sans cette condition.

5. La jurisprudence a décidé qu'un commis intéressé ne pouvait être assimilé à un associé. C'est encore une saine application du principe. Quelque analogie qu'on puisse, en effet, trouver entre la condition du commis intéressé et celle de l'associé qui fait une mise d'industrie, il existe entre ces deux positions cette différence capitale, que l'associé, en quoi que sa mise ait consisté, en argent, en meubles, en industrie, est, dans une certaine proportion, maître du fonds social; que son droit est de la même nature et produit les mêmes effets que le droit des autres associés; que la cessation des rapports nés de la société ne peut résulter, avant le terme fixé pour leur durée, que d'un consentement unanime ou d'une décision judiciaire; tandis que le commis intéressé, comme le mot l'indique, ne cesse pas d'être un commis. De ce qu'au lieu d'un salaire fixe et sur le payement duquel les événements commerciaux n'influent pas, il prend une part des bénéfices à la réalisation desquels il contribue par son travail, sa condition n'est pas changée. Il n'acquiert aucun droit sur le fonds social; il ne supporte pas les pertes; le maître peut le renvoyer avant le temps, sauf indemnité, si la mesure est imméritée. Or la qualité d'associé n'est pas compatible avec cette dépendance. (Pardessus, t. IV, n° 969; Duvergier, nos 48 et 53; arr. de Rouen, 6 avril 1811 (Sirey, XII, 2, 33); 28 février 1818 (Sirey, XVIII, 2, 132); cour de cass., 31 mai 1831 (Dalloz, XXXI, 1, 206); arr. de Paris, 7 mars 1835 (Dalloz, XXXV, 2, 95); *Contrà* Lyon, 27 aout 1835 (Sirey, XXXVII, 2, 112).) (**Add.** TROPLONG, n° 46.)

6. Il y a des conventions qui, participant de contrats différents, peuvent laisser un doute sur la nature et les conséquences des rapports qu'elles créent entre les parties.

Les lois 44 et 58 au Digeste *Pro socio*, en offrent des exemples.

« Si je vous ai confié, porte la première de ces lois, « des bijoux à vendre, avec la condition que si le prix « ne dépassait point une certaine somme, il m'appar- « tiendrait en entier; que s'il allait au delà, l'excédant « serait à vous, il naîtra de cette convention une ac- « tion sociale, s'il apparaît que l'intention des parties « a été de contracter une société. »

Si margarita tibi vendenda dedero, ut si ea decem vendidisses, redderes mihi decem; si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo societatis contrahendæ id actum sit, pro socio esse actionem.

La loi 58 suppose que des chevaux ont été réunis pour former un attelage et le vendre en commun. Le jurisconsulte décide que la volonté des parties doit aussi, dans ce cas, être consultée, pour déterminer quel genre de contrat a eu lieu.

Cum tres equos haberes, ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo, quadrigam venderes, et ex pretio quartam mihi redderes. Si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi; non enim habendæ quadrigæ, sed vendendæ coitam societatem: cæterum si id actum dicatur ut quadriga fieret, eaque communicaretur, tuque in eâ tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.

Dans ces deux cas, les faits n'ont pas une signification décisive. On peut ne voir dans le premier qu'un mandat dont le salaire est subordonné aux résultats plus ou moins heureux de la vente. On peut ne trouver, dans le second, que l'intention de réunir accidentellement, et pour mieux vendre, les chevaux destinés à former un attelage, sans que cependant il y ait une société.

Mais la volonté des parties peut être autrement appréciée. Apparaît-il que la stipulation a eu pour but de mettre en commun les chevaux ou les bijoux, aux risques et périls des contractants, quelque disproportionnée que puisse être l'attribution du prix et des bénéfices de la vente, c'est une société, puisqu'il y a chance de profit à partager ou de perte à supporter en commun. Que si, au contraire, des actes et des faits il ressort que la propriété ne s'est point déplacée; que le propriétaire des bijoux ne s'est proposé autre chose que d'exciter, par l'appât du gain, la diligence du mandataire qu'il a choisi; que les propriétaires de chevaux n'ont voulu, l'un et l'autre, qu'augmenter, par la réunion de ce qui leur appartenait à chacun, la chance de vendre facilement et à meilleur prix, ce ne sera pas une convention de société, mais un de ces contrats innomés, comme en crée le commerce, et si les choses périssent par cas fortuit ou par force majeure, le propriétaire seul en subira la perte. (**Add.** TROPLONG, nos 16, 16 2°.)

7. C'est donc à ce point que l'interprétation doit constamment être ramenée: y a-t-il eu mise en commun, chance de gain et de perte? car, sans ces conditions, il n'y a pas de société; elles sont de l'essence du contrat. Vainement les parties auraient elles revêtu la convention de toutes les apparences de la société, constitué un gérant, des actions, une raison sociale, et en donnant aux stipulations la publicité que la loi réclame pour les sociétés commerciales, inspiré aux

(1) « Une tontine est une société de créanciers de rentes perpétuelles ou viagères, formée sous la condition que les rentes « des prédécédés accroîtront aux survivants, soit en totalité, soit « jusqu'à une certaine concurrence. Elle est ainsi appelée du nom « de *Tonti*, italien, qui en a le premier conçu l'idée, et l'a mise « en pratique. » (*Répertoire de jurisprudence*, v° *Tontine*.)

tiers l'opinion qu'une société en commandite a été formée. Les dénominations n'ont pas la puissance de changer la nature des choses, et il ne peut dépendre de l'abusif emploi des formalités réservées aux sociétés commerciales, qu'un prêt, par exemple, soit modifié dans ses effets, comme dans son objet. Où ne serait-on pas conduit, si le caprice ou la fraude des parties contractantes pouvait ainsi faire violence aux règles du droit? La contrainte par corps s'attacherait à des dettes purement civiles! La faillite serait prononcée contre des non-négociants! Le mensonge de la forme ne peut altérer le fond, et sauf le droit qui appartient aux tiers de réclamer des dommages-intérêts, si l'apparence leur a causé un préjudice, la convention reste ce qu'elle est dans son essence et par la volonté de la loi. (**Add.** Troplong, n°s 6, 18.)

8. Un arrêt de la cour de cassation, du 20 avril 1842, a consacré ce principe dans une espèce qu'il est utile de retracer.

En 1836, un sieur Roze, architecte, avait fait avec la ville de Montargis une convention ayant pour objet l'édification d'un théâtre. La ville donnait à bail emphytéotique le terrain nécessaire; Roze se chargeait des frais de construction. Roze n'avait pas d'argent, il fait appel aux capitaux, et dans un acte qualifié de société en commandite il est stipulé que des actions seront créées; qu'elles produiront un intérêt annuel de cinq pour cent; que chaque année, les fonds qui se trouveront dans la caisse seront employés à l'amortissement d'une partie des actions; que Roze pourra, quand bon lui semblera, les éteindre en remboursant le capital et les intérêts échus aux porteurs; que si le remboursement n'est pas opéré dans l'intervalle de dix ans, terme fixé pour la durée de la société, Roze sera tenu d'y consacrer son patrimoine personnel. Le droit d'emphytéose concédé par la ville, et le théâtre même étaient affectés à l'exécution de ces engagements.

Les travaux commencés, et Roze ne payant pas, les ouvriers obtiennent contre lui des condamnations commerciales, et, après des tentatives d'exécution infructueuses, ils provoquent la mise en faillite de la société.

Un jugement par défaut fait droit à ces conclusions; mais, sur l'opposition formée par quelques actionnaires, le tribunal déclare que l'acte ne renferme pas les éléments essentiels d'une convention de société, et rapporte sa décision.

Appel. Les ouvriers invoquent la qualification donnée à l'acte par les parties, et surtout la publicité qu'il a reçue, publicité exclusivement applicable aux sociétés de commerce.

Le 18 juin 1838, la cour royale d'Orléans confirme le jugement.

« Considérant, en droit, que les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles que les parties contractantes ne peuvent pas modifier à leur gré; qu'ainsi, pour reconnaître le véritable caractère d'un contrat et déterminer ses effets légaux, il faut, sans s'arrêter à sa forme ou à sa dénomination, rechercher s'il renferme, outre la condition nécessaire à la validité de toute convention, les éléments essentiels à sa nature propre;

« Considérant qu'aux termes des art. 1832 et 1833 du code civil, il est de l'essence de tout contrat de société civile et commerciale, 1° qu'il y ait une chose mise en commun, dont la propriété passe de la main de chaque associé dans la personne morale, et dont la perte, si elle vient à périr, soit supportée par la société tout entière; 2° qu'il y ait participation de tous les associés aux bénéfices et aux pertes, sinon dans des proportions fixées avec une égalité parfaite, du moins de manière à ce que l'un des associés n'ait pas tous les profits et l'autre toutes les pertes; 3° enfin, que la société ne puisse être dissoute avant le terme fixé pour sa durée que du consentement et à l'égard de tous ceux qui l'ont formée;

« Considérant, en fait, que l'acte du 7 mars 1836, entre Roze et les parties y dénommées, n'a que les apparences extérieures d'un contrat de société en commandite, mais ne renferme pas les conditions essentielles à la constitution d'un contrat de cette nature; qu'en effet, si la mise de chaque associé consiste dans une ou plusieurs actions de trois cents francs, si ce fonds social est destiné à la construction d'un théâtre, il ne s'ensuit pas que ce théâtre soit mis en commun, que les associés soient appelés au partage des bénéfices et des pertes résultant de cette opération, et qu'à la dissolution de la société chacun des associés puisse prétendre sur ce théâtre un droit de copropriété; qu'au contraire il résulte des diverses clauses de l'acte prédaté, que tout l'intérêt de l'entreprise qui fait l'objet apparent de la société, se concentre exclusivement dans la personne de l'un des prétendus associés, qui, lui seul, peut gagner ou perdre;

« Qu'en effet les produits du théâtre, au lieu d'être répartis entre les associés, au prorata de leur mise, doivent être employés d'abord à acquitter l'intérêt à cinq pour cent de ces mises, ensuite à rembourser, s'il y a lieu, le capital versé par chacun des actionnaires; que, d'un autre côté, le théâtre, loin de former une propriété commune, doit appartenir à Roze seul, à la condition par lui de désintéresser intégralement, même de ses propres deniers, les prétendus associés commanditaires, qui, par ce moyen, ne sont pas même exposés à perdre leur mise; que ce qui exclut l'idée d'une propriété commune, c'est que le théâtre est affecté par Roze à la garantie hypothécaire du remboursement en capital et intérêts des sommes versées par chaque actionnaire qui n'aurait pas eu besoin de stipuler ce gage, s'il avait eu sur l'immeuble un droit plus utile de copropriété;

« Considérant que la faculté accordée au sieur Roze d'anéantir en tout ou en partie, par anticipation, les actions en circulation, est encore inconciliable avec la nature d'une société et destructive de son essence; qu'en effet, on ne peut concevoir que l'un des associés, en remboursant seulement à l'autre sa mise sociale, puisse l'exclure de la société et le priver ainsi des bénéfices à venir; que s'il en était ainsi, la convention manquerait dans son essence, puisqu'il n'y aurait plus un intérêt commun;

« Considérant dès lors que l'acte du 7 mars 1836 ne renferme qu'un contrat de prêt sur actions, sous la forme d'un contrat de société; que dès lors c'est à bon droit que les intimés se sont rendus opposants au jugement qui a déclaré la faillite de la prétendue société *Roze et compagnie;* qu'en vain les tiers prétendraient qu'au moins, à leur égard, l'acte du 7 mars 1836 doit être considéré comme acte de société; qu'ils ne peuvent tirer argument de l'art. 42 du code de commerce, puisque cet acte en validant, à l'égard des tiers dans le cas qu'il prévoit, le contrat de société qu'il déclare nul à l'égard des parties contractantes, suppose précisément ce qui ne se rencontre pas dans l'espèce, c'est-à-dire l'existence d'un contrat de société *ab initio*, mais devenu nul par défaut d'accomplissement d'une formalité extrinsèque, celle de la publication de l'acte social. » (**Add.** Troplong, n° 51.)

20 avril 1842 (Dalloz, XLII, 1, 227), arrêt de rejet.

« Attendu que l'arrêt attaqué, en jugeant que l'acte du 7 mars 1836, qualifié de société en commandite, sous la raison sociale *Roze et compagnie*, était dé-

pourvu des caractères constitutifs d'une société commerciale, et n'était qu'une convention ordinaire purement civile, a fait une saine appréciation et une juste interprétation des différentes clauses de ce contrat;

« Attendu que l'extrait déposé au tribunal de commerce de Montargis et rendu public, conformément à l'art. 42 du code de commerce, ne peut, à raison de son laconisme ou de l'insuffisance de ses énonciations, avoir pour effet de conférer à l'acte du 7 mars un caractère contraire à ses stipulations et aux dispositions formelles du code civil, livre III, titre IX, *Du contrat de société*;

« Attendu que si la publicité de cet extrait a induit les tiers en erreur et a trompé la foi publique, elle peut être le principe d'une obligation civile et d'une action en responsabilité et en dommages-intérêts; mais elle ne saurait constituer Roxe commerçant et failli, et le soumettre comme tel à la contrainte par corps; que les dispositions des lois relatives aux faillites et à la contrainte par corps sont d'ordre public, et qu'ainsi une faillite ne peut être déclarée et donner lieu, par suite, à la contrainte par corps contre le débiteur, hors des cas formellement prévus par la loi;

« Attendu que l'art. 42 du code de commerce, qui prescrit la publicité par extrait des actes de société en nom collectif ou en commandite, à peine de nullité, à l'égard des intéressés, sans que le défaut de publication puisse être opposé à des tiers par les associés, suppose l'existence réelle d'une société qui doit toujours alors produire ses effets à l'égard des tiers, quoique les associés ne se soient pas conformés aux prescriptions dudit article 42;

« Attendu que l'art. 1165 du code civil, qui dispose que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et qu'elles ne nuisent point aux tiers, n'a pu être violé par la cour royale d'Orléans, puisqu'il n'a point été question devant elle de savoir si l'on avait le droit d'opposer à des tiers une convention qui leur fût préjudiciable, mais seulement si Roxe avait formé une véritable société de commerce et devait être déclaré en état de faillite; que l'arrêt attaqué, en décidant le contraire, n'a violé ni l'art. 42 du code de commerce, ni l'art. 1165 du code civil, ni aucune autre loi. »

On ne pouvait donner aux principes une plus éclatante sanction.

9. Ce n'est pas, au surplus, une vaine distinction que celle que nous traçons entre la communauté d'intérêts et la société. Elle a, selon la loi, des conséquences capitales.

10. Le but de la société, avons-nous dit, est de rassembler dans un centre commun les choses qui composent le fonds social, de les exploiter, et d'attribuer à chacun des intéressés une partie des gains qu'elles produisent. Ce n'est plus, après la mise en commun, la chose de tel ou tel associé individuellement; c'est la chose de tous, la chose de la société. Que sa valeur augmente ou qu'elle périsse, c'est, en général au moins, pour le compte de la société. Les faits qui diminuent ou détruisent le fonds social pèsent également sur toutes les parties.

Dans la communauté, au contraire, la propriété des objets ne se déplace pas, et si, malgré la confusion qui s'opère, ils sont encore reconnaissables, les principes généraux du droit reçoivent application : la perte comme l'émolument est pour le propriétaire; nulle solidarité n'existe entre les communistes. Seulement, si, au moment où la perte arrive, l'indivision n'a pas cessé, la perte se répartit entre tous les intéressés. C'est le même résultat que dans la société, mais ce n'est pas le même motif.

L'obligation commune de supporter la perte tient, dans la société, au principe même du contrat, à l'égalité de position qu'il crée. Dans l'état d'indivision, elle tient à l'impossibilité d'assigner privativement à l'un des copropriétaires la chose perdue. Tant que le partage n'est pas fait, il n'existe qu'un droit indécis, embrassant toutes les fractions de la chose indivise. C'est le partage seul qui le fixe, en le reportant au moment même où l'indivision a commencé. Jusque-là donc, la perte qui survient, par la force même des choses, atteint la propriété commune, plutôt que les communistes; elle diminue, sans les changer, les droits de ceux-ci. Mais dès que la confusion disparaît, et qu'il est possible de reconnaître le maître de la chose, la communauté d'intérêts n'est plus un obstacle : le droit commun reprend son empire; c'est au propriétaire de subir la perte ou de profiter de l'augmentation.

11. Une seconde différence entre la communauté d'intérêts et la société, c'est que le communiste peut exercer à son gré le droit dont il est investi, et que le profit qu'il se procure lui appartient exclusivement. Il n'en doit jamais compte aux autres communistes. L'associé est au contraire obligé de rapporter à la société tous les gains qu'il obtient. C'est vers l'utilité commune que doivent tourner tous ses efforts; il ne peut, sous aucun prétexte, se faire une condition meilleure que celle des autres associés.

La loi va plus loin : « Lorsque l'un des associés est, « pour son compte particulier, créancier d'une somme « exigible envers une personne qui se trouve aussi « devoir à la société une somme également exigible, « l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur, doit « se faire sur la créance de la société et sur la sienne, « dans la proportion des deux créances, encore qu'il « eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale « sur sa créance particulière » (art. 1848 du code civil).

L'art. 1849 du code civil ajoute que « lorsqu'un des « associés a reçu sa part entière de la créance com« mune, et que le débiteur est depuis devenu insol« vable, cet associé est tenu de rapporter à la masse « commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spéciale« ment donné quittance pour sa part. »

Le communiste n'est pas soumis à cette règle. Tout ce qu'il retire de sa créance lui appartient irrévocablement. La loi ne le charge pas de veiller aux intérêts d'autrui.

Il y a une exception pourtant, en matière de faillite. La loi commerciale, par un principe d'ordre et de morale, n'a pas voulu que le sort des créanciers fût inégal. Elle défend, elle punit même la vigilance dont le résultat serait d'affranchir un créancier des pertes que la faillite entraîne. Non-seulement il ne peut garder les avantages qu'il s'est procurés par des voies obliques; il est encore exposé aux rigueurs de la loi pénale. Mais c'est un cas spécial; en toute autre circonstance, le communiste agit et stipule à son gré. Arbitre et maître de son droit, il ne doit compte à qui que ce soit de l'utilité qu'il en retire. (**Add.** Voy. Troplong, n° 26.)

12. Une troisième différence, c'est que les rapports naissant de la société ne peuvent, avant le terme fixé pour leur durée, être rompus par les parties. Il faut, ou que tous consentent à briser le contrat, ou qu'il survienne un des cas dans lesquels la dissolution est de droit, ou enfin qu'un grave motif autorise les associés à demander aux tribunaux la fin de relations dont les conditions sont changées. Il n'y a rien d'arbitraire en cette matière.

La communauté d'intérêts, au contraire, n'a d'autre durée que la volonté des parties. Si elle procède de

l'indivision, chacun peut demander le partage, alors même qu'il aurait expressément renoncé à cette faculté : cette convention n'oblige que pour cinq ans. Si elle vient d'autres causes, le communiste peut céder ses droits et se dégager des conséquences d'un fait qui, ne résultant pas de sa volonté, ne produit pas d'engagement personnel.

13. Mais ce qui sépare plus profondément encore la société de la communauté d'intérêts, c'est qu'à la différence de la communauté, la société forme un être moral. Ceci demande explication.

14. En principe, « quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur « tous ses biens mobiliers ou immobiliers, présents et « à venir » (art. 2092 du code civil). Il suit de là que quelque emploi que le débiteur ait fait de son patrimoine, le créancier peut le saisir ; s'en emparer, s'il s'agit d'une somme d'argent ; s'il s'agit de meubles ou d'immeubles, les faire vendre, et s'en appliquer le prix à concurrence de la dette.

L'indivision ne porte aucune atteinte aux droits du créancier. Seulement comme il ne peut saisir que ce qui appartient à son débiteur, la loi lui impose l'obligation de provoquer préalablement un partage, et cette condition remplie, il peut exercer son action dans toute sa plénitude.

Il est facile de comprendre qu'accorder les mêmes droits aux créanciers personnels d'un associé, c'est rendre les sociétés à peu près impossibles. Quelles spéculations peut-on entreprendre, quand il n'y a pas de sécurité sur la conservation du fonds commun ; et quand on peut craindre qu'au moment où la société aura besoin de ses capitaux pour acquitter ses engagements, le créancier personnel d'un associé les arrêtera par une saisie ?

Mais comment parer à cet inconvénient, et comment soustraire à l'action actuelle des créanciers, une fraction quelconque de la fortune de leur débiteur ?

La loi romaine y avait pourvu en faisant de la société une personne fictive, SOCIETAS PERSONÆ VICE FUNGITUR porte la loi 22, D. *de Fidejussoribus*.

Au XIIe siècle, lorsque les marchands italiens livrés avec ardeur à la pratique du commerce, demandaient aux possesseurs de capitaux le moyen d'élargir le cercle des spéculations, les jurisconsultes s'emparèrent du principe de la loi romaine pour le féconder. On sentait la nécessité de rassurer ceux qu'on invitait à s'associer, sur la destination et l'emploi de leurs mises ; on appliqua aux sociétés commerciales la règle restreinte jusqu'alors aux universités et aux collèges ; on établit que la société serait distincte des associés ; *societas est corpus mysticum* ; qu'elle formerait un être moral, une personne fictive, ayant son domicile, son patrimoine, ses droits, ses dettes, ses actions, indépendants et séparés du domicile, du patrimoine, des droits, des dettes, des actions des associés pris individuellement. (**Add.** TROPLONG, n° 58.)

15. Le principe admis, on en tira les conséquences suivantes :

Que le fonds social formait exclusivement le gage des créanciers de la société (**Add.** TROPLONG, n° 78) ;

Que l'associé considéré comme vendeur de la chose qu'il apportait, n'avait sur le patrimoine commun aucun droit actuel, mais seulement une éventualité, une espérance réalisable à la dissolution de la société ;

Qu'il pouvait acquérir des créances contre la société ;

Que la société pouvait en acquérir contre lui ;

Qu'il n'y avait pas de compensation possible entre les créances de la société, et les dettes de chaque associé, lorsque ces dettes n'avaient pas été contractées pour le compte de la société, mais pour le compte particulier de l'associé (**Add.** TROPLONG, n° 73) ;

Que toute action était interdite aux créanciers personnels de l'associé, tant que durait la société ; leur droit se bornant à se présenter au partage, pour s'emparer du lot attribué à leur débiteur (**Add.** TROPLONG, n° 80) ;

Que la faillite personnelle de l'associé n'entraînait pas la faillite de la société ; etc.

Les lois nouvelles ont consacré cette distinction. Les art. 529, 1845, 1846, 1849, 1851, 1852, 1860, 1863 du code civil, la confirment avec énergie ; elle trouve également une sanction dans les art. 43, 45, 46 du code de commerce, et dans l'art. 59 du code de procédure, qui exige que les sociétés, tant qu'elles existent, soient assignées devant le juge du lieu où elles sont établies.

16. La règle que la société forme un être moral, collectif, indivisible, ne cesse qu'à l'égard des associations en participation. Nous dirons, en son temps, par quelles graves raisons la cour de cassation a consacré cette exception. (**Add.** TROPLONG, n° 82.)

Ainsi toute société civile ou commerciale, la participation exceptée, constitue une personne fictive, un être moral, ayant son siége, sa volonté, ses biens, ses actions ; ayant toute capacité pour traiter avec les associés individuellement, et pouvant, sans qu'il en résulte confusion, ou devenir leur créancière ou contracter des obligations envers eux.

Le statut de Gênes portait (liv. IV, ch. XII v° IV) : *Creditores societatum mercatorum... in rebus et bonis societatum... præferentur quibuscumque aliis creditoribus et etiam dotibus.*

Deux arrêts, l'un du parlement de Grenoble du 17 août 1637, l'autre du parlement de Paris du 23 janvier 1667 (*Journ. des audiences*, t. III), ont décidé que l'hypothèque légale de la femme ne pouvait affecter les immeubles de la société dont le mari faisait partie.

Un arrêt de la cour de Pau du 17 juin 1830 a consacré la même doctrine :

« Attendu que, durant l'existence d'une société, la propriété des objets qu'elle possède réside sur la tête de la société, considérée comme *corps moral*, et que nul des sociétaires n'a de droit individuel ni sur tous, ni sur chacun des objets en particulier ; qu'à cet égard, tout, jusqu'à la dissolution de la société, se réduit en leur faveur à un droit éventuel, ou même à une simple expectative ;

« Que cette doctrine résulte de la combinaison des art. 1845, 1846, 1847 et 1852 du code civil ; qu'elle est d'ailleurs enseignée par un grand nombre d'auteurs ;

« Attendu qu'il résulte de là que c'est sans fondement que la dame Baylac prétend être colloquée pour sa dot en vertu de son hypothèque légale, antérieurement à la veuve Nogarolles, sur le prix à distribuer des deux métairies de Paysambou et de Riza ;

« Qu'en effet, ces deux métairies n'ayant pu, pendant l'existence de la société, être affectées à l'hypothèque légale de la dame Baylac, puisqu'elles n'étaient pas la propriété de son mari, mais bien celle de la société, et que la veuve Nogarolles, au contraire, ayant valablement stipulé une hypothèque sur ces biens, à la date du 24 décembre 1810, il s'ensuit qu'elle doit obtenir la préférence ;

« Que pour soutenir le contraire, on oppose vainement que d'après les art. 1872 et 883 du code civil, les principes en matière de partage des successions sont applicables en matière de partage des sociétés, et que, d'après ces principes, l'héritier étant censé

avoir succédé seul et immédiatement aux objets compris dans son lot, il s'ensuit que l'hypothèque légale de la dame Baylac a valablement frappé à l'encontre de la dame Nogarolles les deux métairies qui étaient échues dans son lot par l'acte de partage de la société;

« Que les principes ci-dessus développés sont en effet très-exacts; mais que la conséquence qu'on en tire est mal fondée, parce que la fiction de la loi qui fait rétroagir au profit du copartageant le droit de propriété de l'objet tombé dans son lot, s'arrête à l'époque de l'ouverture de la succession ou de la dissolution de la société, mais qu'à cette époque la veuve Nogarolles avait déjà valablement acquis son hypothèque;

« Que vainement on oppose que les principes en matière de séparation de patrimoine étant communs aux partages de succession et de société, il s'ensuit que la dame Nogarolles ayant poursuivi Baylac seul, elle l'a reconnu pour son seul débiteur, et que par suite il s'est opéré une novation; que ces principes sont absolument sans application, puisqu'il ne s'agit nullement d'une demande en séparation de patrimoines, mais bien d'obtenir une priorité dans un ordre en vertu d'une hypothèque valablement acquise et inscrite avant que l'hypothèque légale de la dame Baylac n'eût frappé des biens dont le prix est en distribution. »

Cet arrêt ayant été déféré à la cour de cassation, le pourvoi a été rejeté le 10 mai 1831, au rapport de M. le conseiller Mestadier :

« Attendu que l'immeuble social a été spécialement hypothéqué à une créance sociale, et qu'il ne peut pas y avoir d'actif social pour l'un des associés avant la liquidation du passif; d'où résulte, pour les créanciers de la société, le droit d'être payés sur l'actif social avant les créanciers personnels de l'un des associés. » (Dalloz, XXXI, 1, 250.) Voy. dans le même sens, arrêt de la cour de Paris, 25 mars 1811 (Sirey, XI, 2, 428); arrêt de Toulouse, 31 juillet 1820 (Sirey, XXI, 2, 263). (**Add.** Troplong, n°s 81, 859, 860.)

17. L'art. 59 du code de procédure civile porte, comme on l'a vu, que la société, tant qu'elle existe, doit, en matière personnelle, être assignée devant le juge du lieu où elle est établie; et c'est en effet une nécessité que l'être moral, distinct et séparé des associés, soit, comme tout autre défendeur, appelé devant le juge du lieu où est le siége de ses affaires, où il a sa fortune, ses représentants, ses actions. Mais après la dissolution et la liquidation, et quand chaque associé, emportant ce qui lui revient du fonds commun, reprend son individualité, la règle cesse avec la fiction qui l'engendre. Comme il n'y a plus d'intérêts communs, plus de centre commun, chacun des anciens associés doit être assigné pour le payement des dettes sociales devant le juge de son domicile, ou, s'il s'agit d'une action réelle, devant le juge de la situation des biens. On applique à la société la règle établie pour les successions : jusqu'au partage, les demandes des créanciers doivent être portées devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte; après le partage, devant celui du domicile de l'héritier.

Si cependant la dissolution est contestée, c'est au juge du lieu où la société réside que la question doit être soumise. L'acte de dissolution ne constituant en faveur de l'associé qui l'invoque qu'une exception à la demande dirigée contre lui, le juge de l'action est juge de l'exception. (Arrêt de cassation, 10 décembre 1806; Merlin, *Répertoire*, v° *Société*, sect. VI, § 3, p. 336 et 337.)

18. Nous avons dit que la société civile formait un être moral, comme la société commerciale, et c'est, en effet, la conséquence des art. 529, 1845, 1846 et suivants du code civil. (Proudhon, *Traité de l'Usufruit*, t. IV, n°s 2065, 2066; Duvergier, *Société*, n°s 382, 383, 384; Duranton, t. XVII, n° 334; Troplong, *Prescription*, t. II, n° 884. *Contrà* Frémery, *Études de droit commercial*, p. 30 et suiv.; Vincent, *Législation commerciale*, t. I, p. 297.) En faut-il conclure qu'entre ces sociétés il n'y a aucune différence, quand il s'agit d'ester en justice; que, par exemple, les assignations signifiées au gérant d'une société civile sont régulières et valables comme les assignations adressées au gérant d'une société commerciale, et qu'il suffit également à la validité des actions dirigées dans l'intérêt de l'une ou de l'autre de ces sociétés qu'elles soient intentées au nom du gérant?

L'art. 69 du code de procédure civile porte : « Les « sociétés de commerce, tant qu'elles existent, se- « ront assignées en leur maison sociale, et s'il n'y « en a pas, en la personne ou au domicile de l'un « des associés. »

19. La cour de cassation a tiré de cette disposition la conséquence que les sociétés civiles ne pouvaient être représentées en justice par les gérants, et, par deux arrêts, l'un du 8 novembre 1836 (Sirey, XXXVI, 1, 812), l'autre du 26 mai 1841 (Sirey, XLI, 1, 483), elle a décidé que les assignations ainsi données au nom des gérants d'une société civile étaient nulles (**Add.** Troplong, n° 694) :

« Attendu, en droit, que la société civile est, sans doute, comme la société de commerce, un être moral, dont les intérêts sont distincts de ceux de chacun de ses membres (art. 1845, 1850, 1852 du code civil), un être moral qui peut charger un seul associé de l'administration de ses intérêts (art. 1856), administrateur irrévocable pendant la durée de la société; les tiers intéressés peuvent agir, tant que la société existe, devant le juge du lieu où la société est établie (art. 50 et 59 du code de procédure); mais on ne peut en conclure qu'il est permis à cet être moral d'agir en nom collectif, sans donner même l'indication des noms et domiciles de ses membres; d'une part, en effet, dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales (art. 1862 et 1863); de l'autre, l'art. 61 du code de procédure porte que l'exploit d'ajournement doit contenir les nom, profession et domicile du demandeur, ainsi que les nom et demeure du défendeur; l'art. 69 excepte l'État, le trésor public, les administrations ou établissements publics et, d'après son § 6, les sociétés de commerce tant qu'elles existent; il n'excepte point les sociétés civiles; ces sociétés restent donc soumises au droit commun et aux dispositions impératives de l'art. 61;

« Attendu, en fait, qu'il s'agit, dans la cause, d'une société purement civile, et que la compagnie a figuré collectivement, poursuite et diligence de son directeur, dans l'exploit introductif de l'action en première instance et en cour d'appel, sans désigner individuellement les seize membres de la société;

« Attendu que, fondée sur la déclaration du 30 novembre 1549, la maxime *nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur*, signifie, que, pour intenter ou soutenir une action judiciaire, il faut être en nom dans les qualités de l'instance; admettre un mandataire simple, ordinaire, volontaire, à figurer en son nom, comme mandataire dans l'action, dans l'instance, dans les jugements, ce serait l'assimiler à un tuteur; la raison et la loi s'y opposent; un cointéressé ne peut non plus, en matière divisible et non solidaire, agir seul au nom de ses cointéressés ni subir personnellement une condamnation qui serait exécutoire contre eux;

« Attendu que l'application rigoureuse de ces principes à la cause peut d'autant moins faire de doute, qu'il ne s'agit pas d'actes conservatoires, mais d'une action directe et principale, et que les noms, professions et domiciles des membres de la société ne sont indiqués ni dans l'exploit, ni dans le jugement, ni dans l'arrêt. »

Dans l'espèce du dernier arrêt, les syndics de la société dont l'origine remontait à plus d'un siècle avaient constamment exercé ses actions judiciaires ; jamais aucune protestation ne s'était élevée; le temps semblait avoir consacré leur droit, et c'est pour ce motif que la cour d'Aix avait considéré comme réguliers les ajournements donnés en leur nom seul. La cour de cassation n'a pas pensé que les circonstances, quelque favorables qu'elles soient, puissent excuser la violation de la loi.

20. Duvergier attaque vivement cette distinction. Il suffit à son sens que la société civile constitue un être moral, ce qui n'est pas contesté, pour qu'elle soit réputée personne civile, et que les gérants qu'elle s'est donnés aient la capacité nécessaire pour la représenter en justice. Ce sont, dit-il, deux choses corrélatives que l'être moral et la personne civile ; elles s'engendrent réciproquement, elles se tiennent, et il est d'autant moins raisonnable de les séparer dans les sociétés civiles, que les associés ne sont pas exposés à plus de dangers, quand leurs actions sont exercées par le mandataire de leur choix, que s'ils les exerçaient eux-mêmes, puisque le procès perdu, ils n'encourent qu'une condamnation divisible.

Cette argumentation n'est pas fondée. Le principe général, en matière d'action, c'est que *nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur* : en quelque qualité qu'on agisse, ou comme demandeur, ou comme défendeur, il faut agir en son nom personnel.

Mais on a compris de tout temps que l'application stricte de la règle pouvait avoir de grands inconvénients ; que la nécessité d'appeler tous les intéressés augmenterait les frais, entraînerait des lenteurs; qu'en certains cas même il serait à peu près impossible de le faire. De là des exceptions que la loi moderne a confirmées et étendues.

Aux termes de l'art. 69 du code de procédure civile, les établissements publics sont assignés au bureau de leurs préposés ;

Les communes, en la personne des maires;

Les unions et directions de créanciers, en la personne des syndics ;

Les sociétés de commerce, en la maison sociale ; à défaut de maison sociale, au domicile d'un associé.

Personne assurément ne conteste que les établissements publics, les communes, les sociétés de commerce constituent des êtres moraux ; la loi cependant s'en occupe, elle déclare expressément que les assignations données à leurs représentants seront valables : pourquoi, si l'existence reconnue d'un être moral conduit virtuellement à cette conséquence? La loi a-t-elle fait une chose inutile, ou n'a-t-on pas, au contraire, senti la nécessité d'une disposition explicite, parce que les fictions se renfermant dans les plus étroites limites, et une exception n'autorisant pas une autre exception, il n'appartient qu'à la loi, qui crée l'être moral, d'en faire une personne civile, capable d'ester en justice?

Cette observation suffit pour renverser tout le système de Duvergier. (**Add.** Troplong, nos 692, 693.) L'analogie est une règle incertaine et trompeuse : c'est surtout en matière de procédure que cela est vrai. Là tout est de rigueur : l'exception comme la règle. Si un texte précis, formel, ne consacre pas l'exception, c'est au principe qu'il faut revenir. Or, l'art. 69 du code de procédure civile, ne parle que des sociétés commerciales. Donc la société civile ne peut se soustraire à la règle générale ; donc elle ne peut ester en justice par ses représentants. C'est au nom de tous les intéressés ou contre tous les intéressés que les assignations doivent être signifiées, à peine de nullité.

Que si maintenant, on recherche le motif de la loi, est-il si difficile de le trouver ?

Il y a deux sortes de sociétés commerciales, la société en nom collectif ou en commandite, et la société anonyme.

La société en nom collectif ou en commandite, n'est pas seulement, comme on le verra plus bas, un être moral, elle se personnifie dans les gérants dont elle porte le nom. La raison sociale rendue publique est comme un acte de l'état civil, et l'associé auquel est dévolu le droit de s'en servir est aux yeux des tiers la société tout entière ; elle se résume et s'absorbe en lui. Tous les associés responsables sont solidairement obligés au payement des dettes qu'il contracte. Il est donc tout simple que le gérant qui les représente si complétement envers les tiers, les représente également devant les tribunaux.

Dans la société anonyme, il n'y a pas de raison sociale, mais la nature même de la convention, la personne des associés n'est pas obligée : c'est une association de capitaux. Qui donc, outre les agents légaux de cette société, pourrait former des demandes en justice, ou répondre aux demandes formées par les tiers?

Dans la société civile, au contraire, l'engagement personnel est de l'essence du contrat ; mais la société n'a pas de symbole extérieur, elle n'a pas de nom ; elle ne se personnifie dans aucun de ses membres ; et de quelques pouvoirs qu'elle investisse le gérant, il ne peut être qu'un mandataire, s'engageant pour sa part, comme il engage dans la même proportion chacun de ses commettants. Une société civile, pour les tiers, n'est pas tel ou tel associé; c'est tout le monde; tout le monde dès lors doit agir ou être attaqué directement.

Qu'on ajoute maintenant, d'un côté, la rapidité qu'exigent les opérations commerciales, la nécessité d'une prompte solution, quand les procès s'élèvent, et la facilité d'exécuter les condamnations solidaires; de l'autre, la difficulté d'atteindre des associés dont le public ignore les noms, la possibilité des désaveux, et des longues procédures qui les suivent, et qu'on décide si la distinction consacrée par les arrêts de la cour de cassation n'est pas complétement justifiée! Mais, nous le répétons, c'est prendre un soin superflu : le texte de l'art. 69 du code de procédure civile repousse énergiquement toute critique. Les sociétés de commerce étant nommément comprises dans les exceptions qu'il énumère, les sociétés civiles en sont exclues : *qui dicit de uno, de altero negat.*

Nous terminerons par deux observations :

21. La première, c'est que l'art. 69 du code de procédure civile ne reçoit pas d'application aux associations en participation : elles ne forment pas un être moral ; à plus forte raison ne peuvent-elles être érigées en personne civile : ce serait un effet sans cause.

22. La seconde, c'est que la constitution des sociétés en êtres moraux, qui assure aux créanciers de la société un droit exclusif sur le fonds social, n'empêche pas que, si le fonds social est insuffisant pour les payer, ils ne puissent s'adresser au patrimoine que les associés responsables se sont réservé, sauf en ce cas, à concourir avec les créanciers personnels de ces associés. Le principe établi en faveur des créanciers sociaux ne tourne pas contre eux. *Licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem.* (L. 1, § 2, D. *de separationibus.*) (**Add.** Troplong, no 817.)

CHAPITRE II.

DISTINCTION DES SOCIÉTÉS.

SOMMAIRE.

23. La société est civile ou commerciale.
24. La société civile est universelle ou particulière. — Caractères distinctifs de ces deux genres de société. La société universelle est à peu près abandonnée.
25. Formes diverses de la société commerciale.
26. Comment distinguer la société commerciale de la société civile.
27. Les qualifications ne changent rien à l'essence des contrats.
28. Les sociétés formées pour l'achat et la revente d'immeubles sont purement civiles, quoiqu'elles aient l'apparence de sociétés commerciales.
29. Il en est de même des sociétés formées pour la perception et la jouissance d'un péage.
30. Pour l'édification d'un marché.
31. La société relative à l'établissement d'un canal ou d'un chemin de fer, est commerciale.
32. Une société d'assurance à prime est commerciale.
33. *Quid* des sociétés d'assurance mutuelle?
34. Les sociétés formées en commandite et par actions pour l'exploitation des mines, sont commerciales.
35. Dissentiment avec Duvergier.
36. Examen et critique de son opinion.
37. Arrêts relatifs à la question.
38. Une société en commandite pour l'achat et la revente d'immeubles n'est pas nulle, en ce sens que les actionnaires soient fondés à réclamer leur mise, leur consentement étant le résultat d'une erreur.
39. Arrêts de la cour de Rouen et de la cour de cassation en ce sens.

COMMENTAIRE.

23. Il y a deux espèces de sociétés :

La société civile et la société commerciale. (**Add.** Troplong, n° 317.)

24. La société civile est universelle ou particulière (art. 1835 du code civil).

La société universelle a pour objet ou tous les biens présents, ou seulement tous les gains (art. 1836 du code civil).

La société particulière est celle qui ne s'applique qu'à certaines choses déterminées, ou à leur usage, ou aux fruits à en percevoir (art. 1841).

Le contrat par lequel plusieurs personnes s'associent, soit pour une entreprise désignée, soit pour l'exercice de quelque métier ou profession, est aussi une société particulière (art. 1842).

Nous n'avons rien à dire des sociétés universelles. Ce genre de convention ne se rattache par aucun point au plan que nous suivons; rien ne serait d'ailleurs plus inutile que d'en exposer les conditions, car depuis longtemps la société universelle n'a plus qu'un intérêt à peu près historique.

Que dans l'enfance des sociétés humaines, le sentiment d'un danger commun rapproche et confonde des existences trop faibles dans leur isolement; que des familles entières confondant leur présent et leur avenir, les réalités et les espérances, se rassemblent au même foyer, à la même table, c'est une chose toute naturelle; on se réunit, ou se serre pour se défendre mutuellement.

Mais quand l'industrie se développe à l'ombre de la liberté, et que les lois assurent au plus humble et au plus pauvre des citoyens la même protection qu'au plus riche et au plus éminent de la cité, quelle peut être l'utilité d'association où tout s'absorbe, jusqu'à la personne des associés? Comment concilier avec les gênes qui en résultent, les libres allures que l'industrie réclame? Comment surtout, aujourd'hui que tout tend à s'individualiser parmi nous, retrouver ces vives sympathies sans lesquelles une société universelle ne peut pas même se concevoir?

La conservation des sociétés universelles dans le code civil, quoique avec de grandes modifications, a été une concession faite à cette sorte de respect superstitieux qui s'attache à tout ce qui vieillit, comme si la législation n'avait pas aussi ses progrès! (**Add.** Troplong, nos 256, 257.)

25. Les diverses formes de la société commerciale sont :

La société *en nom collectif*, dont l'objet est de faire le commerce sous une raison sociale, et l'effet principal d'engager indéfiniment les associés;

La société *en commandite*, dont le but est le même, mais dans laquelle des associés, simples bailleurs de fonds, se placent, sous le nom de commanditaires, à côté des associés solidaires et responsables;

La société *anonyme*, société d'écus plutôt que de personnes, instituée pour réaliser de vastes entreprises, et ne pouvant exister sans une autorisation spéciale du gouvernement;

Les *associations en participation*, relatives à une ou plusieurs opérations déterminées d'avance, sociétés inconnues des tiers, et dont les contractants peuvent à leur gré régler les conditions, la forme et les effets.

Nous serons naturellement amenés à donner sur chacune de ces conventions les développements qu'elles réclament, en commentant les dispositions du code de commerce qui s'y rattachent; il nous suffit, quant à présent, de les indiquer, pour marquer avec précision la différence qui les sépare des sociétés civiles.

26. Toutes les sociétés, quelle qu'en soit la nature, tendent au même but : travailler en commun, gagner et partager le gain. Mais l'objet des spéculations et la position des intéressés ne sont pas les mêmes, à beaucoup près, dans les sociétés civiles et dans les sociétés commerciales. Quand l'associé civil n'encourt d'autre danger que de payer sa part des dettes, et à défaut de payement, d'être poursuivi sur ses biens, l'associé responsable, dans les sociétés commerciales, est soumis à la solidarité, à la contrainte par corps, à la faillite. Sa personne, ses biens, son honneur même sont engagés. Il y a donc un intérêt immense et pour les associés et pour les tiers, à ce que des conventions dont la fin est si différente ne soient pas confondues.

Mais où trouver le moyen d'éviter l'erreur, et comment, dans la multiplicité des faits qui peuvent servir d'objet aux transactions privées, distinguer, à coup

sûr, ce qui est civil et ce qui est commercial? La démarcation est-elle si nettement posée, si profonde, que des contrats dont le but est le même ne puissent, en aucun cas, revêtir la même apparence, et que le caractère légal des stipulations soit constamment reconnaissable?

Le danger de la confusion est plus apparent que réel.

Une société ne peut être commerciale, si elle n'a pour objet un fait de commerce.

Or la loi a limitativement énuméré ce qu'elle considère comme actes de commerce; elle appelle de ce nom :

« Tout achat de denrées et de marchandises pour « les revendre, soit en nature, soit après les avoir « travaillées et mises en œuvre, ou même pour en « louer simplement l'usage;

« Toute entreprise de manufactures, de commis« sion, de transport par terre ou par eau;

« Toute entreprise de fournitures, d'agences, bu« reaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, « de spectacles publics;

« Toute opération de change, banque et cour« tage;

« Toutes les opérations des banques publiques;

« Toutes obligations entre négociants, marchands « et banquiers; entre toutes personnes, les lettres « de change ou remises d'argent faites de place en « place;

« Toute entreprise de construction et tous achats, « ventes et reventes de bâtiments pour la navigation « intérieure et extérieure;

« Toutes expéditions maritimes;

« Tout achat ou vente d'agrès, apparaux et avi« taillements;

« Tout affrétement ou nolissement, emprunt ou « prêt à la grosse;

« Toutes assurances et autres contrats concernant « le commerce de mer;

« Tous accords et conventions pour salaires et « loyers d'équipages;

« Tous engagements de gens de mer pour le ser« vice des bâtiments de commerce » (art. 632 et 633 du code de commerce).

Tel est donc le cercle dans lequel se meut invariablement la société commerciale. Tout autre fait appartient à la loi civile, et ne peut être la matière que d'une société civile. (**Add.** Troplong, nos 318, 327.)

27. Peu importe d'ailleurs la qualification donnée par les parties à la convention qui les lie; les dénominations ne peuvent pas plus conférer à une société purement civile le caractère et les effets de la société commerciale, qu'elles ne peuvent transformer une société commerciale en société civile. S'agit-il d'un des faits spécialement prévus par la loi commerciale, d'une mise en commun de capitaux et d'industrie, pour acheter et revendre des denrées ou des marchandises, pour faire la banque, pour exploiter une manufacture ou préparer des armements, c'est une société commerciale. Il n'est pas au pouvoir des contractants de lui enlever ce caractère.

28. S'agit-il d'un fait qui ne rentre pas dans les prévisions du code de commerce, la société dont il est la base est, en dépit des stipulations, une société civile. Ainsi, le contrat formé pour acheter et revendre des immeubles, soit dans leur état primitif, soit après les avoir réparés, reconstruits ou modifiés d'une façon quelconque, est un contrat civil. On a longtemps disputé sur ce point : les avis se sont partagés, et plus d'un arrêt a jugé qu'une telle société, formée dans la vue de spéculer, ne pouvait pas ne pas être commerciale, surtout quand elle intervenait entre des commerçants. La cour de cassation a terminé la controverse, en déclarant, le 14 décembre 1810 (Dalloz, t. II, p. 732), « que les ventes d'immeubles n'étant « pas placées par l'art. 632 du code de commerce au « nombre des actes de commerce, les associations « pour une spéculation purement civile ne chan« geaient pas la nature de cette opération. » (Voyez arrêt de Paris, 2 décembre 1830; Dalloz, XXXI, 2, 142.)

Évidemment, des immeubles, susceptibles d'hypothèque, et dont la transmission est soumise aux formalités du droit civil, ne peuvent pas être assimilés à des choses fongibles, dont la possession et la propriété se confondent, ou à des marchandises, choses essentiellement mobiles, et destinées à une succession d'aliénations qui ne réclament point de contrat régulier. (**Add.** Troplong, no 319.)

L'application de ce principe a conduit les auteurs et les tribunaux à décider :

29. 1° Qu'une société formée pour la perception et la jouissance d'un péage sur un pont achevé, au moment où se forme la société, est une société civile, car elle a pour objet l'exploitation d'une chose immobilière (cour de cassation, 23 août 1820; Dalloz, t. XII, p. 88, no 3) (**Add.** Troplong, no 330);

30. 2° Qu'il faut attribuer le même caractère à une société qui a pour objet l'édification d'un marché (cour de Paris, 11 décembre 1830; Sirey, XXXI, 2, 282) (**Add.** Troplong, nos 348, 349);

31. 3° Qu'au contraire, la société formée pour l'établissement d'un canal ou d'un chemin de fer est commerciale, parce qu'elle a pour objet et pour but une entreprise de transports (art. 632 du code de commerce) (**Add.** Troplong, no 332);

32. 4° Que la société d'assurance à prime contre l'incendie est aussi commerciale. Une difficulté s'était élevée à cet égard; et, bien que l'art. 633 du code de commerce comprenne formellement l'assurance parmi les faits de commerce, le tribunal de Valenciennes avait décidé qu'une société de ce genre n'avait pu être mise en faillite; la spéculation, disaient les motifs du jugement, en raison des objets auxquels elle s'applique, ne pouvant être que civile.

Mais ce jugement a été cassé par arrêt du 8 avril, 1828, au rapport de Zangiacomi :

« Attendu qu'aux termes du code du commerce « (art. 633), l'assurance maritime est réputée acte « de commerce; que les assureurs sont assimilés aux « négociants, et peuvent, comme eux, tomber en fail« lite (art. 346); que ces dispositions s'appliquent « nécessairement à l'assurance à prime contre l'in« cendie, puisque celle-ci est de même nature que « l'autre, toutes les deux ayant également pour objet « de garantir les propriétés, et d'indemniser des si« nistres, moyennant une prime; qu'il suit de ces « principes que la société d'assurance à prime contre « l'incendie, formée par Dupin de Valène et compa« gnie, était commerciale, et que cette société ayant « cessé ses payements, a pu être déclarée en état de « faillite » (Dalloz, XXVIII, 204; voyez également arrêt de la cour de Paris, du 23 juin 1825, Dalloz, XXV, 2, 216) (**Add.** Troplong, no 345);

5° Que les sociétés d'assurance à prime sur la vie des hommes doivent, par la même raison, être rangées dans les sociétés commerciales;

33. 6° Que s'il en est autrement des compagnies d'assurances mutuelles, c'est parce que, dans la réalité, le contrat qui les constitue ne forme pas une société; et que, pour nous servir des paroles du conseiller Faure à la cour de cassation, le 15 juillet 1829, son unique objet est une communauté de risques, dans laquelle chacun des intéressés consent à faire

un sacrifice pour diminuer, autant que possible, en cas d'incendie, le dommage qu'il éprouverait. (Rouen, 9 octobre 1820; Dalloz, t. II, p. 740. Douai, 4 septembre 1820; Dalloz, t. II, p. 740. Cour de cassation, 15 juillet 1829; Dalloz, XXIX, 1, 407. Quesnault, *Assurances terrestres*, p. 312.)

Il serait inutile de multiplier les exemples. Il suffit de constater que le moyen infaillible de lever les doutes sur le caractère des sociétés, est d'en comparer l'objet avec la définition des art. 632 et 633 du code de commerce (**Add.** Troplong, n° 343).

34. Mais quelle solution adopter pour les sociétés en commandite et par actions, contractées dans la vue d'exploiter une mine de houille? La loi du 21 avril 1810 déclare, art. 32, que l'exploitation des mines n'est pas considérée comme un commerce. La conséquence de cette disposition n'est-elle pas que la société dont cette exploitation est la matière, constitue, sous quelque forme qu'elle apparaisse, une société civile, la division du capital en actions ne pouvant changer la nature du fait qui sert de fondement au contrat?

C'est une grave question, car selon qu'on la résout dans un sens ou dans l'autre, la condition des parties contractantes est singulièrement modifiée.

Si la société est civile, la position des gérants et des actionnaires est la même à l'égard des tiers. Les gérants, simples mandataires, ne sont tenus que d'une part des dettes; la contrainte par corps ne leur peut pas être appliquée, et si l'un des actionnaires meurt ou tombe en déconfiture, la société finit.

Si, au contraire, la société est commerciale, les gérants sont tenus indéfiniment des dettes, solidaires, contraignables par corps, soumis au danger de la faillite; tandis que les actionnaires, après avoir versé leur mise, sont à l'abri de toute action; et rien de ce qui modifie leur capacité n'influe sur le sort de la convention.

Les cours de Paris (19 août 1841; Dalloz, XLI, 2, 274), de Caen (26 janvier 1836; Dalloz, XL, 2, 222), d'Angers (5 février 1842; Dalloz, XLII, 2, 36), de Dijon (26 avril 1841; Dalloz, XLI, 2, 216), de Bordeaux (22 juin 1834; Dalloz, XXXIV, 2, 48), distinguant entre le cas où les concessionnaires de la mine s'associent, et celui où la société, appelant à elle les tiers, revêt la forme d'une commandite, avec des gérants, une raison sociale, et un capital divisé en actions, ont décidé que, dans ce dernier cas, la convention tirait, et de sa forme et de son but, un caractère tout commercial.

La cour de Grenoble, au contraire, a décidé que l'emploi des formes propres à la commandite, ne pouvait imprimer à la société un caractère et des effets en désaccord avec le fait dont elle procède.

35. Duvergier embrasse cette dernière opinion. Il ajoute que non-seulement la création d'actions au porteur ne change pas la nature du fait en vue duquel l'association est formée, mais encore que la division du capital en actions, en y attachant tous les effets qu'elle comporte dans les sociétés commerciales, n'a rien d'incompatible avec les règles essentielles des sociétés civiles. Duvergier exprime ensuite que si la jurisprudence présente encore des incertitudes, sa tendance est évidemment favorable au système qu'il émet, et il cite à l'appui de cette assertion, trois arrêts de la cour de cassation, des 23 août 1820, 7 février 1826, 15 avril 1834; un arrêt de Paris du 11 décembre 1830; un arrêt de Rennes du 13 juin 1835, enfin une décision du conseil d'État, du 7 juin 1836.

36. Le moindre embarras de Duvergier n'est peut-être pas de concilier cette solution avec la doctrine qu'il professe, doctrine raisonnable et vraie, que pour apprécier avec certitude la nature et les effets des conventions, il faut les dépouiller de leur enveloppe, et après en avoir fixé le caractère, s'en s'arrêter aux stipulations des parties, en tirer les conséquences légales. Or, la loi déclare expressément que, dans les sociétés civiles, relativement aux tiers, l'obligation d'acquitter les dettes pèse indistinctement sur tous les associés; et que chacun est tenu pour sa part virile. La loi déclare encore qu'à moins de stipulation contraire, la mort, l'interdiction, la déconfiture d'un seul associé, entraînent la fin de la société.

Comment donc Duvergier admet-il que lorsque le capital social a été divisé par actions, chaque actionnaire n'est tenu, même relativement aux tiers, que de payer sa mise? Comment admet-il aussi qu'en l'absence de clause contraire, le décès, l'interdiction, la faillite de l'un des associés ne mettent pas fin à la société?

Duvergier n'aurait-il pas été conduit, pour justifier son opinion, à son insu même, à des concessions dont la conséquence est de confondre des contrats de nature diverse, et, par un amalgame bizarre de stipulations qui s'excluent, à créer une convention de société qui ne soit ni commerciale, ni civile, participant un peu de l'une, un peu de l'autre, les dénaturant toutes les deux, genre bâtard que ni la loi civile, ni la loi commerciale ne peuvent avouer?

Une brève et substantielle exposition des principes démontrera :

1° Qu'une société en commandite et par actions, quand elle a pour objet de spéculer sur des choses mobilières, est nécessairement une société commerciale;

2° Que cette forme de société ne répugne en aucune manière à l'exploitation d'une usine.

Selon l'art. 1832 du code civil, « la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. »

Ainsi le principe de la société civile, c'est l'engagement de la personne. Les capitaux ou l'industrie mis en commun n'en sont que l'accessoire, et de là suit que la mort naturelle, la mort civile, l'interdiction et la déconfiture de l'un des associés, entraînent la dissolution de la société : il faut bien que la convention cesse quand la personne dont la considération a été la cause principale du consentement, périt, s'efface ou diminue.

L'associé, dans les sociétés civiles, n'engage pas seulement le présent; il engage aussi son avenir. Personne ne conteste que, quelles que soient les stipulations faites entre les parties, si les dettes excèdent le capital social, chacune, sur la réclamation des créanciers, ne soit tenue d'y contribuer dans une égale proportion. Or, comment, à moins que les associés n'aient formellement accepté la condition contraire, la société continuerait-elle, quand l'un d'eux est dans une telle situation, qu'il ne peut plus contracter d'engagement, ou qu'il n'a plus la possibilité d'acquitter ceux que la société doit contracter pour ses spéculations?

Dans les sociétés par actions, quand la division du capital n'est pas seulement une chose de forme, mais que, dans l'intention des parties contractantes, elle tient au fond même de la convention, et qu'elle a pour objet de leur assurer la position que la loi commerciale fait aux actionnaires dans les sociétés commerciales, la personne de l'actionnaire n'est comptée pour rien; la mise est tout; et, comme après le payement de la mise, il est libre de toute obligation actuelle ou future, soit envers ses coassociés, soit à l'égard des

tiers, les événements qui l'atteignent dans son état ou dans ses biens ne touchent pas la société. Qu'importe qu'il meure, ou qu'il soit frappé d'incapacité, ou qu'il cède ses droits, dès que les garanties de la société ne sont pas amoindries?

Or, si telles sont les différences qui séparent la société civile et la société par actions, comment, sans altérer le caractère de la société civile, y transporter non-seulement la forme, mais les effets de la société par actions?

Duvergier n'a rien trouvé de mieux contre cette objection que de la nier : après avoir supposé que la division du capital en actions n'est pas incompatible avec la société civile, il suppose encore que, dans la société civile comme dans la société commerciale, l'actionnaire n'est obligé qu'à concurrence du montant des actions. Mais où trouver la justification d'une telle doctrine? Est-ce que Duvergier lui-même ne déclare pas que la forme est sans influence sur le fond des choses? Est-ce qu'il n'a pas écrit que la division du capital en actions ne changeait pas la nature et les effets de la société? Est-ce qu'enfin, d'accord avec tous les auteurs, il n'a pas proclamé que toute stipulation dont l'objet est de restreindre la responsabilité des associés civils, est inopposable aux tiers, dans le cas même où ceux-ci l'ont connue, s'ils ne se sont soumis formellement à la subir? Admettre que, par la seule application de la forme des sociétés commerciales à un fait essentiellement civil, les associés sont affranchis de leur principale obligation, c'est bouleverser toute l'économie de la société civile. Non, on ne peut pas avoir les avantages de deux contrats à la fois, et n'accepter les charges d'aucun d'eux : ou la société est civile, et, dans ce cas, l'associé est soumis à payer, *pro parte virili*, les dettes que le fonds social ne peut acquitter; ou la société est commerciale, et alors seulement l'associé peut, en justifiant du payement de ses actions, échapper à toute obligation.

Mais, d'un autre côté, des actions au porteur sont des titres essentiellement commerciaux; et ces titres, dont la transmission se cache aussi facilement qu'elle s'opère, sont directement et absolument incompatibles avec un contrat dont le principe fondamental est l'engagement de la personne.

Une société en commandite par actions, avec un gérant responsable et une raison sociale, ne peut donc pas ne pas être commerciale.

Mais ce n'est pas tout : après avoir prouvé l'incompatibilité des formes de la société en commandite avec la société civile, il faut encore démontrer comment l'exploitation d'une mine, que la loi déclare expressément un fait civil, peut cependant être la matière d'une société commerciale.

Qu'une société dont l'objet est de spéculer sur des choses qui résistent par leur essence à la spéculation commerciale, ne puisse, de quelque forme qu'on l'entoure, être une société commerciale, la nécessité le veut ainsi. On ne fait pas violence à la nature des choses. Ainsi la jurisprudence de la cour de cassation a décidé, comme nous l'avons dit, qu'une société contractée pour acheter et revendre des immeubles, ne pouvait être qu'une société civile, le but que les associés se proposent ne pouvant conférer à l'objet de la spéculation un caractère *commercial*.

Mais si la spéculation a pour cause des choses mobilières, fongibles, susceptibles de transmission manuelle, et dont l'aliénation ne réclame pas l'application du droit civil, pourquoi les parties contractantes ne pourraient-elles former une société commerciale et chercher dans le mode d'exploitation qui lui est propre, dans son unité, dans sa marche vive, de nouvelles chances de succès?

Une disposition formelle de la loi déclare que le propriétaire ne fait pas acte de commerce en vendant les produits du fonds qu'il cultive. La conséquence de ce principe, c'est que si une association intervient entre deux propriétaires pour vendre en commun leur blé, leur vin, leur bois, elle est essentiellement civile. La spéculation ne change pas de caractère en s'étendant; c'est toujours leur chose qu'ils vendent : ils ne font pas plus acte de commerce en se réunissant, qu'ils n'en auraient fait en vendant chacun de leur côté ce qu'ils ont récolté.

Mais que ces deux propriétaires forment dans le même but une société collective; qu'ils créent une raison sociale et qu'ils s'en servent en contractant avec les tiers; est-ce qu'ils seront reçus, pour échapper à la rigueur de la loi commerciale, à opposer aux poursuites dirigées contre eux l'origine des produits pour la vente desquels ils se sont réunis? Est-ce que, sous ce prétexte, ils pourront disputer aux créanciers les garanties inhérentes à l'emploi d'une raison sociale, la solidarité, la contrainte par corps, la déclaration de faillite au besoin? Non, assurément : il suffit à la validité commerciale des engagements, que la société dont ils émanent se livre à des négociations d'un caractère commercial.

La loi peut bien imposer aux tiers l'obligation de s'assurer si les spéculations de la société qui traite avec eux ont ou non un caractère et un but commerciaux; mais son exigence ne va pas au delà. Ils n'ont pas à s'enquérir de l'origine des produits mis en vente. Si dans le premier cas, en effet, on peut reprocher aux créanciers de n'avoir pas assez soigneusement apprécié la nature de la convention, et s'armer contre eux de la connaissance présumée des lois qui fixent le caractère et les conditions des contrats, la justice ne permet pas qu'on leur impute un défaut de vérification à peu près impossible. Il suffit qu'ils aient contracté avec une société régulièrement instituée et spéculant sur ce qui est l'aliment habituel des opérations commerciales, pour que l'apparence les protége. Quelle sécurité le commerce offrirait-il, si la foi publique pouvait ainsi être trompée, et si les engagements des associés dépendaient de cette appréciation rétrospective!

La même solution doit s'appliquer à la société contractée pour l'exploitation d'une mine, car la nature même de l'objet auquel la convention s'applique n'est pas incompatible avec la société commerciale; loin de là, elle s'y accommode parfaitement, et quand on jette sur la loi du 21 avril 1810 un regard attentif, il est facile de se convaincre qu'en déclarant que l'exploitation des mines n'était pas considérée comme un commerce, et qu'elle ne serait pas sujette à patente, elle n'a pas eu en vue le cas où une société en commandite et par actions aurait été formée pour exploiter une concession.

L'exploitation des mines se lie intimement à la prospérité publique; elle exige de ceux qui l'entreprennent des travaux et des frais énormes, et la fortune ne se charge pas toujours de fournir une compensation aux sacrifices qu'on a faits. Que de trésors ont englouti les mines d'Anzin avant de rien produire! Mais les possesseurs de grands capitaux sont rares; c'est une sorte d'aristocratie qui a son orgueil; et c'est pour cela que, par un heureux retour aux idées appliquées par Colbert à l'aristocratie de son temps, la loi du 21 avril 1810 n'a pas voulu qu'on assimilât à des marchands et qu'on grevât d'une patente les hommes qui seraient assez hardis pour tenter des exploitations si coûteuses. N'était-ce pas assez des chances de ruine attachées à l'entreprise, sans y ajouter le danger et le déshonneur d'une faillite?

La disposition de l'article 32 était d'ailleurs en harmonie avec le caractère imprimé par la loi à la concession. La mine est un immeuble, entièrement distinct de la surface, susceptible d'hypothèque et soumis, quant à sa transmission, aux règles de la loi civile. Il était donc conforme au droit commun que le concessionnaire, en exploitant, ne fît pas acte de commerce. C'est par application de ce principe que nous avons qualifié, plus haut, de société civile, l'association de deux ou plusieurs concessionnaires.

Mais si le concessionnaire, au lieu d'exploiter luimême avec ses capitaux, vend la mine; car l'apporter dans une société, c'est la vendre; et si la société, dont le but unique est de vendre en détail ce qu'elle acquiert en bloc, adopte les formes réservées à la société commerciale; si elle a un gérant, une raison sociale, des actionnaires, le motif de la loi n'existe plus; il n'y a plus à protéger le concessionnaire contre des dangers qu'il accepte, lorsque, renonçant à la condition que lui faisait la loi du 21 avril 1810, il déclare expressément qu'il entend faire le commerce.

En la forme, au fond, la société est commerciale.

En la forme, puisqu'elle en a tout l'appareil, et que les conditions imposées pour la validité des conventions de cette nature ont été remplies.

Au fond, puisque l'objet de ses spéculations est essentiellement commercial, c'est-à-dire, mobilier, d'une transmission facile, et ne réclamant point l'application du droit civil.

Il ne peut pas se faire, 1° que le public, qui a vu se former régulièrement un être collectif, qui l'a vu se personnifier dans les gérants, contracter sous un nom social et ne spéculer que sur des choses qui s'approprient aux combinaisons commerciales, soit trompé dans ses espérances, et par une transformation inattendue, privé des garanties attachées à la forme même de la société;

2° Que les actionnaires, qui n'ont entendu s'engager que jusqu'à concurrence d'une certaine somme, et qui l'ont versée dans la caisse sociale, soient exposés à supporter les conséquences d'une gestion que la constitution même de la société ne leur permet pas de surveiller;

3° Que les gérants enfin puissent, en déposant leur qualité comme on dépose un masque, échapper à la nécessité de payer les dettes sociales *aut in œre, aut in cute*.

Il ne faut pas s'abuser sur le motif réel des discussions dont nous cherchons à fixer le principe. Quand une société s'organise pour l'exploitation d'une usine, on crée des actions : c'est le moyen d'attirer les petits capitaux et de réaliser des profits. Mais quand la somme réservée pour l'exploitation est épuisée et que le gérant se trouve en face des créanciers, en butte à leurs réclamations, menacé dans sa fortune, dans sa liberté, alors seulement il se souvient de la loi qu'il aurait violée ; il n'y songeait pas en battant monnaie; il s'y réfugie, il s'y attache avec énergie pour alléger ses engagements. Le sentiment de la légalité renaît avec celui du danger.

N'est-ce pas, en un mot, l'histoire des procès qui se sont engagés? Or, y a-t-il quelque chose de si favorable, dans la résistance de ces gérants de commandite, qu'il faille les soutenir? Quand la matière même des spéculations résiste à la société commerciale, le devoir du magistrat est, sans doute, de négliger la forme pour s'attacher au fond. Il faut avant tout respecter les lois, et le créancier ne peut être écouté quand il réclame les effets de stipulations légalement impossibles. Nul n'étant censé ignorer les lois, il est considéré comme complice de l'erreur dont il se plaint. Mais quand le fond et la forme sont en harmonie, pourquoi faire aux parties intéressées une autre condition que celle qu'elles ont choisie?

37. Duvergier (**Add.** Troplong, n° 327, 331) affirme que la jurisprudence tend à consacrer l'opinion contraire à celle que nous exprimons; on en va juger.

Les trois arrêts de la cour de cassation, des 23 août 1820, 7 février 1826, 15 août 1834, sont relatifs à des sociétés formées entre des concessionnaires ou selon la forme du droit civil. Or, qui nie que, dans ces deux cas, la société ait un caractère purement civil? (On peut citer dans le même sens un arrêt de la cour de cassation du 10 mars 1841; Dalloz, XLI, 1, 175; et un arrêt de la cour de Riom du 21 janvier 1842; Dalloz, XLII, 2, 202).

L'arrêt de la cour de Rennes, du 13 juin 1833, s'applique également à une société de deux personnes.

Dans l'espèce jugée par la cour de Paris, le 11 décembre 1830, il s'agissait de l'édification d'un marché par les propriétaires du terrain, dans le but de le louer après son achèvement. Les parties, en s'associant pour cet objet, avaient donné à la convention le nom et la forme de la société commerciale. La cour de Paris a jugé que la matière ne s'y prêtait pas : ce qui est évident. Mais qu'en peut-on conclure quant à la qualité des sociétés relatives à l'exploitation des mines?

Un seul arrêt a nettement jugé la question dans le sens de Duvergier : c'est celui de Grenoble; mais on peut opposer les arrêts de Paris, de Caen, d'Angers, de Dijon, de Bordeaux, dont nous avons rappelé la date, et enfin celui de la cour de cassation, du 30 avril 1828, dans lequel on lit :

« Que l'article 32 de la loi du 29 avril 1810 sur « l'exploitation des mines est sans application, ne « s'agissant pas d'une exploitation qui doive avoir lieu « sous la direction et pour le compte des concessionnaires, mais d'une spéculation de commerce « ayant pour objet une réunion d'actionnaires » (Dalloz, XXVIII, 1, 231).

Ne sommes-nous pas autorisés à dire que le droit et la jurisprudence se réunissent pour déclarer légalement formées et obligatoires les sociétés commerciales dont l'objet est l'exploitation des mines (1)?

(1) La cour de Paris, 1re chambre, a confirmé sa doctrine par un nouvel arrêt du 8 novembre 1841 :

« Attendu que Brandon et consorts demandent contre les défendeurs la nullité de la société pour l'exploitation de la houillère de la Theurée-Maillot, des Porrats et de Badeaux, sous la dénomination de Compagnie des houillères de la Theurée-Maillot et des Porrats; que les défendeurs opposent l'incompétence du tribunal, en alléguant que la société dont s'agit est une société civile;

« Statuant sur le déclinatoire;

« Attendu que la société a pour objet l'exploitation d'une mine de houille, que cette exploitation n'est pas faite seulement par les concessionnaires, mais par une réunion d'actionnaires liés entre eux par un acte qui a tous les caractères d'une société commerciale; que ce n'est pas par la dénomination donnée à cet acte, mais par son esprit et son but que sa nature doit être définie;

« Attendu que la loi a déterminé les différentes espèces de sociétés commerciales, qu'elle en a tracé les règles, tant dans l'intérêt des associés que dans celui des tiers; que ces règles sont d'ordre public et doivent être maintenues par les tribunaux;

« Attendu que le fonds social de la société dont s'agit a été divisé en actions au porteur;

« Attendu qu'aux termes des statuts sociaux, les actions au porteur sont transmissibles par la tradition du titre; que d'après les

38. Il reste une question à examiner : celle de savoir si lorsqu'on a donné la forme commerciale à une société dont l'objet est incompatible avec ce genre de convention ; si, par exemple, l'acquisition et la revente des immeubles étant organisées au moyen d'une société en commandite, chacun des associés commanditaires peut, sous le prétexte que son consentement est le résultat d'une erreur de droit, rompre son engagement, et réclamer du gérant la restitution de sa mise.

39. La cour de Rouen a jugé la négative le 19 février 1840 (Dalloz, XL, 8, 137).

« Attendu qu'en supposant qu'il ne fût pas licite de donner à une association constituée pour l'achat et la revente de terrains, la forme et les effets d'une association commerciale en commandite, cette erreur, dans l'espèce, aurait été partagée par tous les actionnaires ; que les uns ne pourraient s'en prévaloir au préjudice des autres et faire subir à ceux-ci les conséquences d'obligations prises au nom de tous ;

« Que les choses ne sont plus entières ; que des acquisitions considérables ont été faites pour le compte de la société ; que des engagements ont été contractés vis-à-vis des tiers ;

« Que les appelants eux-mêmes, comme les autres sociétaires, ont versé à la caisse sociale le quart de leur mise, et ont ainsi exécuté, au moins en partie, l'acte social ; qu'après l'accomplissement de faits irrévocablement consommés, les sociétaires se trouveraient dans la nécessité d'achever, dans l'intérêt commun, les opérations commencées ;

« Que l'annulation ou la résiliation de l'acte social, si elle pouvait être prononcée, n'aurait pas la puissance de réagir sur le passé, et d'effacer ce qui a été fait dans l'intérêt commun et pour le compte de tous ;

« Que, dans la même hypothèse, une liquidation précipitée serait désastreuse pour la masse ; que ni les règles du droit, ni les principes de l'équité, ne pourraient s'opposer à ce que la liquidation se fît dans des circonstances favorables ;

« Attendu, au surplus, que l'erreur de droit signalée par les appelants ne pourrait, en admettant même son existence, être une cause d'annulation de l'acte dont il s'agit ;

« Qu'en effet, l'erreur de droit ne produit un pareil résultat que lorsqu'elle porte sur la substance même de la convention, et qu'elle a été le fondement unique du consentement ;

« Que, dans l'espèce, l'erreur n'affecterait que la forme de l'acte, ou tout au plus certaines stipulations purement accessoires, et laisserait subsister dans toute sa force la volonté des parties sur l'objet même du contrat. »

Les associés commanditaires s'étant pourvus en cassation, j'ai soutenu dans mes conclusions que, du moment où le consentement des parties avait été librement donné, la convention était parfaite ; et que, ne s'agissant point d'un de ces contrats dont l'effet est subordonné à de certaines solennités, l'erreur sur la forme était indifférente ;

Qu'il y avait eu accord sur l'objet de la spéculation, et sur ses conditions, sur la quotité respective des apports, sur le concours et les attributions de chacun ; que l'erreur n'ayant pu tomber dès lors sur la substance de la chose, c'est-à-dire sur les éléments essentiels de la société, la nécessité de la ramener aux proportions d'une société civile, n'en altérait pas l'existence.

La cour a, par un arrêt du 9 juin 1841 (Dalloz, XLI, 1, 260), adopté ces conclusions et rejeté le pourvoi. On ne doit pas souffrir que les associés excipent d'une erreur qui ne vicie pas le principe de la convention, pour se soustraire aux dangers de stipulations dont, en cas de succès, ils auraient pu, sans difficulté, réclamer l'exécution. (**Add.** Troplong, n° 331.)

CHAPITRE III.

CONDITIONS ESSENTIELLES DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

40. Quatre conditions sont essentielles à la validité du contrat de société.

SECTION PREMIÈRE.

41. Le consentement doit être libre. Il est nul s'il est le résultat de l'erreur, de la violence, ou du dol.
42. Dans quels cas y a-t-il erreur ?
43. Dans quels cas violence ?
44. Dans quels cas dol ?
45. Exemple tiré des sociétés formées pour l'exploitation des mines. Influence des prospectus.
46. L'actionnaire à qui l'on n'a rien promis, et qui n'a rien vérifié, ne peut alléguer le dol.
47. Arrêt de la cour de Paris qui consacre cette doctrine.
48. Arrêt semblable de la cour de Douai.
49. Les mineurs et les interdits ne peuvent former de société.
50. La femme commune en biens ne peut, sans le consentement de son mari, entrer dans aucune société.

mêmes statuts les sociétaires ne pourront jamais être soumis à un appel de fonds au delà du prix de leurs actions, qu'évidemment toutes ces dispositions sont contraires aux principes de la société civile, et tombent sous l'application du titre III du code de commerce ;

« Attendu que dans une société civile la limitation du fonds social ne limite pas le droit des créanciers ni les obligations des associés ;

« Que tous les associés sont tenus envers les créanciers, chacun pour une somme égale, encore que la part de l'un d'eux fût moindre, si l'acte n'a pas spécialement restreint l'obligation de celui-ci sur le pied de cette dernière part (art. 1863-1864 du code civil) ; que cette responsabilité deviendrait illusoire si l'associé pouvait dissimuler son nom et ses obligations à l'aide d'obligations au porteur ; que c'est seulement dans les sociétés en commandite ou anonymes que les associés ne peuvent être tenus au delà de leur commandite ou des actions par eux souscrites (art. 26, 33, 38 du code de commerce).

« Que de ce qui précède, il résulte que l'acte attaqué a tous les caractères d'une société commerciale. »

51. *Quid* de la femme mariée sous le régime dotal?
52. *Quid* de la femme séparée de biens? Elle peut prendre des actions dans la société anonyme, et dans la société en commandite par actions, mais à la condition d'en payer le prix immédiatement.
53. Il n'est pas nécessaire que le consentement du mari résulte d'un acte exprès.
54. Arrêt de la cour de cassation en ce sens.
55. Le doute doit s'interpréter en faveur du mari et de la femme elle-même.
56. La femme autorisée à faire le commerce, ne peut, sans le consentement de son mari, former une société pour l'exploitation de son commerce.
57. *Quid* du mineur émancipé?
58. Le mineur émancipé autorisé à faire le commerce, ne peut, pas plus que la femme, s'associer pour son commerce, sans en avoir reçu la faculté de la famille dont il dépend.

COMMENTAIRE.

40. Quatre conditions sont essentielles à la validité du contrat de société; il faut :

1° Que le consentement qui préside à sa formation soit libre et volontaire;

2° Que chacun des contractants fasse un apport;

3° Que la convention ait un objet licite;

4° Qu'elle ait pour but l'utilité commune des parties.

SECTION Ire. — CONSENTEMENT.

41. Le contrat de société, comme tout autre contrat synallagmatique, exige des parties capacité et liberté. Si le consentement a été donné par erreur, extorqué par violence, ou surpris par dol, il n'y a pas de contrat. Mais l'erreur, la violence, le dol ne se présument pas; c'est à celui qui les allègue d'en apporter la preuve; c'est à lui d'établir que, malgré sa vigilance, il a ignoré des faits essentiels qu'il aurait dû connaître; ou qu'exposé à un mal considérable et présent, il s'est soumis, pour conjurer le péril, à des engagements qu'il n'aurait pas autrement acceptés; ou, enfin, que les manœuvres frauduleuses dont il a été entouré, ont, seules, déterminé son consentement.

Rien, au premier abord, de plus simple que cette règle; et, en effet, quand il s'agit d'erreur ou de violence, l'application en est facile (**Add.** TROPLONG, n° 194).

42. La loi déclare que l'erreur n'est une cause de nullité que lorsqu'elle tombe, soit sur la substance même de la chose qui est l'objet de la convention, soit sur la personne, dans le cas où la considération de la personne est la cause principale de la stipulation... J'ai voulu contracter une société avec Paul, que recommandent tout à la fois son expérience et sa solvabilité; mais, par un concours de circonstances propres à égarer la prudence, trompé par la similitude de nom, d'habitation et d'industrie, je traite avec un autre Paul, homme inconnu et sans crédit... je ne suis pas engagé, mon consentement est le résultat de l'erreur, et je puis, en la démontrant, me délier de mon obligation.

43. Il n'y a pas plus d'équivoque sur le caractère légal de la violence. Le code s'est clairement expliqué. Il faut qu'elle ait été de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle ait pu lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. C'est la traduction adoucie de la règle du droit romain : *Vim accipimus atrocem... metum non vani hominis sed qui meritò et in hominem constantissimum cadat* (l. 3 et 6, D. *quod metûs causâ gestum erit*). La loi, d'ailleurs, en invitant les tribunaux à avoir égard à l'âge, au sexe et à la condition des personnes, a donné le moyen de faire bonne justice. On ne peut exiger d'une femme la fermeté d'un homme dans la maturité de l'âge et de la force.

44. Pour le dol, la solution offre plus d'embarras, et réclame une appréciation plus rigoureuse et pour ainsi dire plus philosophique des faits qui le constituent; car il ne faut pas que le désir de réprimer la fraude aille jusqu'à enchaîner le libre essor du commerce.

Dans le for intérieur toute dissimulation est blâmable. Exagérer la valeur de ce qui fait l'objet du contrat; cacher à celui avec qui on contracte une partie quelconque de ce qu'il a intérêt à connaître; c'est manquer à la bonne foi. Les exagérations et les réticences sont une fraude, selon la morale. La loi civile est moins sévère. Le mensonge à ses yeux n'est pas la fraude. Avant la science moderne, le droit romain a proclamé qu'en matière de vente, et la société a des rapports avec la vente, il est permis aux contractants de s'écarter de la vérité... *Licet se invicem circumvenire.* Le commerce autrement ne serait pas possible. Le rôle du marchand n'est-il pas de vanter sa marchandise et d'en exalter la valeur? C'est à l'acheteur de se défendre, de discuter, et, s'il ne peut obtenir des conditions convenables, de se retirer. Mais quand il a traité, si la chose qu'il a vue, tenue, dont il a pu juger la qualité, ne répond pas à ses espérances, il n'est pas fondé à se plaindre, en alléguant qu'il a été entraîné par les exagérations du marchand. Mais si, par de coupables artifices on a donné au mensonge l'apparence de la vérité; si par des faits et des documents controuvés, on a voulu faire croire à des qualités dont l'objet du contrat était, en réalité, dépourvu; si, enfin, l'acheteur, ayant juste sujet d'admettre comme sincères les résultats qu'on faisait briller à ses yeux, a consenti en vue d'avantages dont, après la consommation du marché, il a vainement poursuivi la réalisation, alors il n'y a plus seulement mensonge : il y a fraude.

Mais il est des esprits crédules et qui accueillent sans examen toute proposition faite avec l'apparence de la bonne foi; d'autres, sous l'influence d'une aveugle convoitise, cèdent aux plus grossières tromperies. Suffira-t-il que leur consentement ait eu pour cause des espérances insensées pour qu'ils en soient relevés? Non, assurément. Car quelle convention serait à l'abri des attaques, s'il suffisait, pour la détruire, d'alléguer ou son imprévoyance ou sa cupidité? La loi ne tient pas compte des degrés dans l'intelligence; elle vient au secours de la partie qui, malgré toutes ses précautions, ignorante de la vérité qu'on lui cache, est entraînée dans une convention préjudiciable à ses intérêts; elle ne protége pas celle qui, allant au-devant de sa ruine en quelque sorte, croit tout ce qu'elle entend, et s'engage sans rien vérifier. La cause du mal, dans ce cas, n'est pas le dol, mais l'imprudence de celui qui se plaint.

45. Un exemple mettra cette doctrine en lumière. Le propriétaire d'un terrain renfermant une mine de houille veut attirer des associés. Il vante l'heureuse situation de l'immeuble, ses richesses, la facilité de son exploitation, et il consigne dans des prospectus, jetés au public, l'exagération de ses espérances. La société se forme, mais les illusions qui ont présidé à sa naissance sont bientôt dissipées. L'indigence des filons rend l'exploitation stérile; le capital s'épuise en

recherches, et, après quelques mois d'existence, la société tombe en ruine. L'actionnaire, séduit par les promesses du prospectus, et qui, partageant les illusions vraies ou feintes du fondateur de la société, a cru faire un placement solide, pourra-t-il se plaindre, et, sur ce motif que son consentement a été surpris par dol, réclamer la restitution de sa mise?

Il faut distinguer : ou le prospectus se borne à des généralités et à des exagérations;

Ou ces exagérations sont accompagnées de documents préparés à dessein, et propres à leur donner de la consistance;

Ou enfin, au lieu de s'en tenir à de vagues assertions, le prospectus garantit aux associés futurs la perception d'un produit dont il indique par avance la nature et la quotité.

Dans les deux derniers cas seulement, il y a dol.

Du moment où l'énonciation et la garantie des produits sont une des conditions du contrat, ou même dès qu'il résulte du prospectus que la mine a été explorée, et que des opérations sincèrement exécutées en ont constaté la puissance, les actionnaires ne sont plus obligés à des vérifications personnelles. On ne peut pas dire, dans cette hypothèse, qu'ils suivent la foi du fondateur de la société. Non. La convention a pour base des calculs et des promesses positives : leur consentement est déterminé par des faits à la vérité desquels ils doivent croire; on ne peut donc pas leur refuser le droit de rompre le contrat qui les lie, dès qu'il est démontré que les garanties sans lesquelles évidemment ils n'auraient pas contracté, n'ont jamais existé.

Autant il est raisonnable et juste de repousser la réclamation de l'imprudent qui, sur la foi de louanges naturellement suspectes, sans examen, sans vérification, a jeté son argent dans une société sans avenir, victime volontaire de sa cupidité ou de sa folie; autant il convient d'admettre la plainte de l'associé qui prouve, par la comparaison des promesses et des résultats, que, sans force majeure ou cas fortuits, par le vice propre de la chose, l'exploitation, dont on a garanti les produits, est stérile, et que l'avenir ne lui réserve pas des chances meilleures.

46. Nous insistons sur ces idées essentielles, que, pour faire prononcer la nullité du contrat, il ne suffirait pas d'alléguer et d'établir que l'associé, luttant contre son engagement, n'a fait aucune vérification; qu'il a accepté comme certaines des chances de gain vaguement annoncées, et que, sans la ferme espérance de voir s'accomplir les merveilles du prospectus, il n'aurait pas donné son argent. On contracte toujours avec cette espérance; c'est le but de toute société; et s'il fallait subordonner au succès l'irrévocabilité des engagements pris par les associés, il n'y aurait pas de pire condition que celle des fondateurs de sociétés. C'est à celui qui s'engage de peser avec attention les conséquences de son engagement, de s'éclairer sur l'objet de la société, sur les avantages actuels et futurs de la mise en commun, sur les chances bonnes ou mauvaises réservées à la spéculation à laquelle on l'invite. Si sa confiance est abusée par des calculs mensongers, si des résultats faux sont présentés comme vrais, et qu'il ait eu juste sujet d'y croire, la loi le venge de la fraude en brisant son obligation.

Mais s'il se trompe lui-même, s'il s'abstient de vérifications possibles et faciles, s'il ne peut imputer qu'à sa propre faute le préjudice dont il demande la réparation, quelque blâmables que puissent être les exagérations des fondateurs de la société, le contrat doit être maintenu.

La loi ne permet point à l'acquéreur de rompre son marché, quand il y a disproportion entre le prix et l'objet de la vente. C'est à lui d'apprécier, ou, s'il ne peut le faire personnellement, de confier à de plus habiles le soin d'apprécier ce que vaut la chose qu'il veut acheter.

La loi ne fait pas à l'associé une autre condition.

47. La cour de Paris a fait l'application de ces principes en 1835.

Dans le fait, le sieur Agusdo, souscripteur d'actions dans la société anonyme des forges du Creuzot, demandait la nullité de son engagement et la restitution des sommes versées par lui dans la caisse sociale. On lui avait présenté, disait-il, la société comme prospère quand elle était en ruine; il avait ignoré que, contrairement aux statuts, elle avait consacré une partie de son capital à liquider une société dont elle avait recueilli la succession; on lui avait caché l'énormité des dettes; et si ces faits lui eussent été connus, très-certainement il n'aurait pas fait un traité dont l'infaillible résultat était la perte de sa mise.

Mais c'était confondre l'ignorance volontaire avec l'erreur que le dol entraîne : les actes, les faits, les registres établissant la situation réelle de la société n'avaient été ni dissimulés ni cachés; le sieur Aguado avait pu les consulter avant de prendre des actions; sa négligence seule avait causé la perte dont il se plaignait; sa réclamation ne pouvait donc pas être écoutée.

Et c'est, en effet, ce que la cour décida par un arrêt du 5 juillet 1835, distinguant avec soin entre les faits qui tendent à empêcher et empêchent en effet des vérifications, et les paroles qui se réduisent à exalter ce qu'on veut vendre :

Ea autem sola dicta sive promissa admittenda sunt, quæcumque sic dicuntur ut PRÆSTENTUR, *non ut jactentur* (l. 19. § 3, D. *de æd. edict.*).

48. La cour royale de Douai a également jugé, en 1840, que des espérances exagérées, conçues, exploitées par les fondateurs d'une société ayant pour objet une recherche de mines, ne caractérisaient pas le dol civil et n'étaient pas un motif suffisant pour annuler des conventions librement formées.

Il n'est pas besoin de dire que si le préjudice éprouvé provient de cas fortuits ou de force majeure, aucune responsabilité ne peut atteindre le créateur de la société; il répond de ses faits et de ses actes et non d'événements en dehors de ses prévisions et de sa volonté.

Dans un temps où la spéculation se jette si facilement hors des voies légitimes; quand l'amour du gain s'affranchit de tous scrupules; quand, chaque jour, de nouveaux piéges sont tendus à la crédulité publique, et que, de toutes parts, on entend le cri de gens qui ont trouvé la ruine où ils espéraient la richesse; il peut arriver que le magistrat, préoccupé de la fin plus que des moyens, et cédant au désir de réparer des pertes cruelles, incline à la sévérité.

Cette disposition d'esprit est un danger pour la justice; le devoir du magistrat n'est pas de créer des délits pour punir des scandales; il doit prendre les faits tels qu'ils sont, en apprécier l'ensemble, rechercher s'ils constituent des manœuvres frauduleuses, et, dans le cas seulement où elles ont déterminé le consentement, annuler le contrat. Mais hors de là, et quelque répugnance qu'un cœur honnête éprouve à maintenir des stipulations que le mensonge a préparées et dont l'unique résultat devait être la ruine pour les actionnaires, et de scandaleuses fortunes pour d'audacieux spéculateurs, il faut repousser des réclamations que la loi ne consacre pas.

Il y a moins de mal à laisser impunie une violation de la loyauté, qu'à fausser la loi pour l'atteindre.

49. Outre la liberté du consentement, il faut que

les parties entre lesquelles le contrat intervient aient la capacité de contracter.

Tous ceux qui n'ont pas le libre et entier exercice de leurs droits, les mineurs, les interdits, ne peuvent faire une convention valable. La société qui se formerait avec eux, serait nulle radicalement; et ils pourraient à toute époque non-seulement en provoquer la cessation, mais encore exiger des majeurs avec lesquels ils auraient traité, la restitution des sommes versées entre leurs mains.

Tel est, en effet, le résultat de l'impuissance légale des mineurs et des interdits; le majeur lié envers eux ne peut se prévaloir de leur incapacité pour mettre un terme à la convention; et, malgré sa bonne foi, il n'acquiert aucun droit sur les choses par eux apportées dans la société. Le majeur qui contracte avec des incapables dont il doit connaître la condition, se soumet implicitement à restituer ce qu'il reçoit. La mise du mineur ou de l'interdit n'est qu'un dépôt entre les mains (**Add.** Troplong, n° 283 2°).

50. La femme mariée ne peut, sans le concours de son mari dans les actes, ou son consentement exprès, contracter des obligations. Peut-elle, sans que cette condition soit accomplie, entrer dans une société civile ou commerciale?

La solution dépend tout à la fois du régime adopté pour l'association conjugale, et de la nature de la société dont la femme veut faire partie.

Si la femme est mariée sous le régime de la communauté, quelle que soit la convention, et en quoi que la mise consiste, en argent, en meubles, en immeubles, l'autorisation du mari est indispensable. La femme, en effet, ne peut sans l'assentiment de celui-ci aliéner ses immeubles. Elle ne peut davantage disposer du mobilier, dont le mari, tant que la communauté dure, est propriétaire et maître absolu; et enfin, comme aux termes de l'art. 5 du code de commerce, les actes de la femme commune en biens, autorisée à faire le commerce, obligent le mari, il n'est pas possible que, sans le consentement de celui-ci, elle se livre à des spéculations susceptibles de les ruiner l'un et l'autre (**Add.** Troplong, n° 283 3°).

51. La position de la femme mariée sous le régime dotal est plus rigoureuse. L'autorisation de contracter une société ne lui donnerait pas le pouvoir d'y apporter une partie quelconque de ses biens dotaux. Il ne dépend pas de la volonté du mari et de la femme de les rendre aliénables. La femme dotale qui contracterait une société avec l'assentiment de son mari, n'engagerait que ses biens paraphernaux, si elle en possédait.

52. Quant à la femme séparée de biens, et qui tient, ou de la convention, ou de la loi, non-seulement l'administration de sa fortune, mais le droit absolu de disposer de son mobilier et de l'aliéner, il faut distinguer:

S'agit-il de sociétés civiles, de sociétés commerciales en nom collectif, ou d'associations en participation, la femme a besoin d'autorisation. Ces conventions engagent l'avenir. Les associés ne sont pas libérés par le versement de leur mise. Si la société périt et que son actif soit insuffisant pour acquitter les dettes, chacun des contractants est tenu, sur son patrimoine personnel, d'en payer sa part. Il peut même, si la société est en nom collectif, être contraint par l'action solidaire à payer la totalité. Or, comment la femme séparée de biens pourrait-elle former, sans autorisation, des sociétés dont le résultat légal est d'obliger indéfiniment sa personne et ses biens, lorsque les engagements qu'elle contracte seule ne sont valables que dans le cercle de l'administration de sa fortune?

La cour de cassation a décidé, par de nombreux arrêts, et c'est maintenant une doctrine reçue, qu'il ne faut pas conclure de la faculté donnée par la loi à la femme séparée de biens, d'aliéner son mobilier, à celle de s'obliger; à moins que l'obligation n'ait pour cause un acte d'administration. Une obligation contractée dans un autre but, sans l'assentiment du mari, n'est pas valable dans le cas même où elle serait en rapport avec les revenus de la femme. C'est qu'en effet, la condition normale de la femme, dans le mariage, est la dépendance, l'incapacité d'aliéner et de contracter. L'exception admise dans le cas de séparation de biens tient à la nécessité des choses. A combien de déceptions la loi n'aurait-elle pas exposé les tiers, si elle eût refusé à la femme le pouvoir d'aliéner le mobilier dont les conventions matrimoniales lui assurent l'entière possession! L'autorité maritale a été sacrifiée à la foi publique; la détention légale d'objets mobiliers implique la faculté d'en disposer.

Mais les exceptions ne s'étendent pas; et comme, en matière d'obligation, il n'y pas d'apparence qui puisse tromper les tiers, le principe reprend sa force. La femme séparée de biens, pas plus que la femme mariée sous un régime différent, ne peut s'obliger sans le consentement du mari.

Qui ne comprend, d'ailleurs, dans l'intérêt même de la femme, toute la différence qui sépare une disposition actuelle du mobilier d'un engagement dont l'exécution est reportée dans l'avenir? La position de la femme, dans le premier cas, est immédiatement fixée; elle connaît, en s'appauvrissant, la limite du sacrifice. Mais comment déterminer ce qu'une obligation peut entraîner de fâcheuses conséquences? Si les revenus sur lesquels comptait la femme pour acquitter sa dette viennent à manquer, elle peut être poursuivie devant les tribunaux, expropriée, ruinée. Sa fortune entière peut périr pour n'avoir pas éteint à l'échéance un engagement qui n'excédait cependant pas ses facultés quand elle l'a contracté.

Et puis, qui ne le sait? on s'engage plus facilement qu'on ne se dessaisit; les obligations dont le terme est éloigné n'effrayent pas. Telle femme qui n'hésiterait pas à promettre dix mille francs, répugnerait à se dépouiller actuellement d'une somme dix fois moindre. La jurisprudence, en rendant à l'autorité maritale toute son énergie, hors le cas expressément prévu de la disposition du mobilier, prévient tous ces inconvénients.

Vainement donc la femme séparée de biens aurait-elle, en entrant dans une société civile, ou dans une société commerciale en nom collectif, ou dans une association en participation, payé sa mise; le contrat fait sans l'assentiment du mari serait nul, parce qu'après l'acquittement de la mise, l'associé demeure obligé, et peut être poursuivi pour le payement des dettes excédant le fonds social; parce que s'il ne satisfait les créanciers, les biens, placés par lui en dehors de l'association peuvent lui être enlevés. Une autre considération justifie cette rigueur du droit. Les sociétés dont nous venons de parler créent entre les associés des rapports personnels, et soumettent chacun d'eux à une collaboration; comment ne pas abandonner au mari seul le droit d'interdire ou de permettre à sa femme un contrat de cette nature?

Mais s'il s'agit d'une société anonyme, c'est-à-dire d'une réunion de capitaux, réduisant l'obligation de chacun des associés au versement d'une somme déterminée, rien n'empêche que la femme séparée de biens, libre de disposer à son gré de son mobilier et de l'aliéner, n'achète un intérêt, une action dans cette société. Si elle avait employé son argent à se procurer des bijoux, des étoffes précieuses, le marché serait inattaquable; ni elle ni son mari n'en pourraient con-

tester la validité, sous le prétexte du défaut d'autorisation. A plus forte raison en doit-il être ainsi quand elle a fait de la somme qu'elle possédait un usage qui peut avoir de favorables résultats. Mais si, au lieu de verser immédiatement sa mise, la femme séparée de biens a souscrit une obligation pour en assurer le payement, le titre est sans valeur; par les raisons que nous avons exposées, le mari qui n'a pas autorisé, la femme elle-même, peuvent, à l'échéance, en demander la nullité.

A l'exception donc des actions ou intérêts dans les sociétés anonymes et dans les sociétés en commandite par actions, dont le prix est payé comptant, la femme séparée de biens ne peut, sans autorisation, entrer dans une société civile ou commerciale. L'autorisation est indispensable, dès que la convention engendre des obligations qui grèvent l'avenir.

53. Il ne faut pas croire cependant qu'un consentement écrit soit nécessaire, et qu'il soit besoin que le mari ait approuvé l'obligation de sa femme, par un concours direct aux actes de la société. Il en est des sociétés comme de toute autre convention. En l'absence de preuves positives, le juge peut s'attacher aux faits, et s'il est démontré que non-seulement le mari a connu l'association, mais qu'une longue série d'actes ayant un caractère social s'est passée sous ses yeux; que, par exemple, il a souffert que la femme appliquât aux opérations sociales ses capitaux, ou, qu'à l'occasion de procès relatifs à la société, il l'a autorisée à ester en justice, ni l'un ni l'autre ne pourra, pour échapper au payement des dettes sociales, invoquer le défaut d'autorisation. De semblables faits constituent une approbation plus énergique peut-être que celle résultant d'un consentement écrit; car cette approbation est de tous les jours, de tous les instants. Il serait contraire à tout sentiment d'équité, qu'après avoir, par son silence et ses actions, inspiré aux tiers la plus complète sécurité, le mari, dans l'unique but de libérer la femme d'obligations librement et volontairement contractées, invoquât son autorité méconnue. La loi n'exige pas de formule sacramentelle pour prouver l'autorisation : les faits en ce cas suppléent aux écrits.

54. Les arrêts ont consacré cette doctrine.

La cour de Toulouse ayant, par arrêt du 2 mai 1840, rejeté la nullité proposée contre une société commerciale en nom collectif formée par une femme séparée de biens, et dans laquelle, sans autorisation apparente, elle avait fait un apport immobilier. Les motifs de l'arrêt étaient tirés des habitudes de la femme, des opérations commerciales qu'elle n'avait cessé de faire au vu et su de son mari; de la destination que, sous ses yeux et sans qu'il se plaignît, elle avait donnée à ses capitaux, des dettes sociales qu'elle avait payées, des procès qu'elle avait soutenus; le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté sur mes conclusions, le 27 avril 1841 (Dalloz, XLI, 1, 220).

La cour de cassation a pensé que les faits sur lesquels la cour de Toulouse avait fondé sa décision constituaient un consentement tacite non moins obligatoire qu'un consentement exprès.

55. Les tribunaux, en pareille matière, doivent procéder avec circonspection; car c'est un grave intérêt qui s'agite. La nécessité de l'autorisation a pour but de protéger la femme contre sa faiblesse en conservant à l'autorité maritale sa prérogative la plus chère. Il n'est donc pas permis d'admettre des présomptions vagues, des conjectures sans application nécessaire, des indices équivoques, comme on en peut trouver dans toutes les affaires. Il faut des faits positifs, et dont les conséquences soient tellement précises qu'elles équivaillent au consentement écrit, car le doute se résout en faveur de la femme ou du mari. Le désir de préserver les tiers de tout dommage, équitable dans son principe, mènerait facilement à l'abus et à l'injustice. N'y a-t-il pas toujours quelque imprudence à reprocher aux gens qui, contractant avec une femme mariée, n'exigent pas un consentement régulier?

56. Lorsque la femme a été autorisée légalement à faire le commerce, puise-t-elle dans cette autorisation la faculté de contracter à son gré des sociétés, ou faut-il, au contraire, qu'elle obtienne à cet effet un consentement spécial du mari? La seconde proposition est incontestable. Tout ce qui résulte de l'autorisation de faire le commerce, c'est que la femme peut se livrer à tous les actes que comporte le genre de commerce auquel elle est autorisée, et souscrire seule et de son chef les engagements qui s'y réfèrent. Son droit ne va pas plus loin. Une autorisation, si généraux qu'en soient les termes, ne peut s'étendre au delà du fait auquel elle s'applique : or, une association peut-elle jamais devenir la conséquence obligée d'un commerce quelconque, un acte indispensable à son exploitation?

Mais, en outre, quel changement la faculté conférée à la femme de contracter des sociétés, n'apporterait-elle pas à la condition du mari?

Un mari, lorsqu'il autorise sa femme à faire le commerce, se détermine par une appréciation des facultés de sa femme, et de l'industrie qu'elle doit exercer. Or, la femme, en contractant une société, détruit les garanties sur la foi desquelles était fondée l'autorisation. Elle se soumet à l'action collective des associés; son commerce s'exploitait sous la surveillance du mari; l'association crée pour elle des rapports dont celui-ci ne peut apprécier la convenance et la sécurité. Enfin, en étendant le cercle de ses spéculations, elle aggrave ses dangers et ceux du mari, au delà de toute prévision.

Ce n'est pas tout. La femme, nonobstant l'autorisation qui lui est conférée, ne cesse pas d'être soumise à la puissance maritale. Le mari peut, si les résultats du commerce qu'il a permis ne sont pas favorables, on empêcher la continuation. L'autorisation est essentiellement révocable. Mais si la femme peut contracter une société comme conséquence de cette autorisation, c'est un droit perdu pour le mari. Sa volonté ne suffit pas pour briser une convention dont le terme n'est pas arrivé; il faut qu'il respecte le droit des tiers. Or, comment admettre que le mari puisse à son insu, malgré lui, être ainsi dépossédé des prérogatives attachées à sa qualité?

Les règles du droit, l'équité, la morale même, ne permettent donc pas que la femme, marchande publique ou non, contracte une société sans autorisation spéciale du mari.

Nous n'avons pas besoin de répéter que le consentement tacite équivaut au consentement exprès; peu importe de quelle manière la volonté du mari se manifeste, lorsqu'elle est clairement exprimée.

57. Quant au mineur émancipé, pour bien comprendre ce qu'il peut, il faut rappeler les dispositions du code civil qui règlent sa capacité. Les art. 481, 482, 483, 484 portent :

Art. 481. « Le mineur émancipé passera les baux dont la durée n'excédera point neuf ans, il recevra ses revenus, en donnera décharge, et fera tous les actes qui ne sont que de pure administration, sans être restituable contre ces actes dans tous les cas où le majeur ne le serait pas lui-même. »

Art. 482. « Il ne pourra intenter une action immobilière, ni y défendre, même recevoir et donner décharge d'un capital mobilier, sans l'assistance de

son curateur, qui, au dernier cas, surveillera l'emploi du capital reçu. »

Art. 483. « Le mineur émancipé ne pourra faire d'emprunts, sous aucun prétexte, sans une délibération du conseil de famille, homologuée par le tribunal de première instance, après avoir entendu le procureur du roi. »

Art. 484. « Il ne pourra non plus vendre ni aliéner ses immeubles, ni faire aucun acte autre que ceux de pure administration, sans observer les formes prescrites au mineur non émancipé.

« A l'égard des obligations qu'il aurait contractées par voie d'achat ou autrement, elles seront réductibles en cas d'excès : les tribunaux prendront, à ce sujet, en considération la fortune du mineur, la bonne ou mauvaise foi des personnes qui auront contracté avec lui, l'utilité ou l'inutilité des dépenses. »

Ainsi, s'agit-il d'actes de pure administration, le mineur émancipé a la même capacité que le majeur, il ne peut élever de plaintes que dans les cas où le majeur serait lui-même restituable.

S'agit-il d'emprunts et d'aliénations immobilières, de procès relatifs à des droits immobiliers, de capitaux à recevoir, il faut, selon les cas, l'assistance du curateur, l'intervention du conseil de famille, l'assentiment de l'autorité judiciaire.

S'agit-il enfin d'obligations contractées par voie d'achat ou autrement, elles ne sont pas nulles en elles-mêmes, mais seulement réductibles, s'il apparaît aux tribunaux, juges souverains en pareille matière, que le mineur a excédé les pouvoirs que l'émancipation lui confère.

De ces dispositions combinées, il résulte :

1° Que le mineur émancipé ne peut, sans autorisation de la famille dont il dépend, former avec les tiers, ni une société civile, ni une société commerciale en nom collectif, ni même une association en participation, parce que le résultat de ces conventions est, comme on l'a vu précédemment, d'engager l'avenir; parce que l'exploitation des sociétés commerciales réclame une succession d'obligations auxquelles s'attachent la solidarité et la contrainte par corps; parce que le patrimoine particulier des associés est affecté au payement des dettes grevant la société. Il n'y a rien de commun assurément entre les opérations qui comportent de tels dangers, et les faits permis au mineur émancipé;

2° Que si le mineur émancipé achète des actions dans des sociétés anonymes ou en commandite, la validité du contrat est subordonnée à l'appréciation des tribunaux; et qu'il leur est permis, si l'achat est sans proportion avec la fortune de l'acheteur, de le réduire dans de justes bornes;

3° Que si le mineur émancipé applique à l'acquisition d'actions, non les capitaux dont sa fortune se compose, mais des revenus, il n'est pas recevable à se plaindre s'il a fait un mauvais placement; c'est en effet un acte d'administration qu'on doit apprécier comme s'il émanait d'un majeur. Il n'y a pas plus de remède que si le mineur émancipé avait, usant d'un droit qu'on ne lui conteste pas, dissipé follement son argent.

58. Mais que faudrait-il décider si le mineur émancipé avait été autorisé à faire le commerce? N'en résulterait-il pas pour lui la faculté de contracter une société? On lit dans un arrêt de la cour de Caen du 11 août 1828 (Dalloz, XXXI, 2, 19) :

« Que du moment que Guillaume d'Harembure a été régulièrement autorisé à faire le commerce, la société qu'il a contractée avec son frère, pour spéculer sur les toiles et fils, n'a rien que de très-licite et de très-conforme à ladite autorisation. »

Si, comme il est permis de le penser, cet arrêt ne contient qu'une appréciation d'acte, il échappe à toute critique. Mais si la cour de Caen a entendu juger que l'autorisation de faire le commerce conférait virtuellement au mineur émancipé la faculté de contracter des sociétés, cette décision, qui n'offre dans sa rédaction qu'une pétition de principe, ne doit pas être suivie. L'autorisation est un mandat, et, à ce titre, elle ne peut être étendue au delà de ses termes. C'est pour faire un commerce déterminé et pour le faire seul que le mineur reçoit de la famille la capacité qui lui manque; il ne peut pas aller au delà. Ne comprend on pas, d'ailleurs, que lui reconnaître le droit de s'associer à son gré, même pour son commerce, c'est le livrer à tous les dangers que l'inexpérience entraîne? Rien n'est plus difficile que le choix d'un associé. Il faut connaître et peser avec scrupule ses antécédents, sa position actuelle, sa solvabilité, les ressources de son industrie, sa moralité. Un mineur ne suffit pas à cette étude. Ignorant de tout et sans défiance, comme on est quand la vie commence, il n'éviterait aucun des piéges tendus à sa bonne foi, si la famille ne se plaçait près de lui pour guider ses pas.

C'est donc à la famille qu'il appartient de décider s'il convient d'ajouter au mandat qu'elle a donné précédemment un mandat nouveau. Le mineur émancipé n'a pas plus le droit de contracter une société sans y être spécialement autorisé, que de faire le commerce contre la volonté de la famille dont il dépend.

SOMMAIRE.

SECTION II.

§ 1. — APPORT.

59. L'apport est de l'essence de la société.
60. Toutes les choses appréciables peuvent être la matière d'un apport en société.

§ 2.

61. L'associé doit apporter ce qu'il a promis.
62. Si la chose promise est indéterminée, l'associé n'est libéré que par la tradition.
63. Si la chose périt avant la tradition, par cas fortuit ou par force majeure, la perte est pour l'associé.
64. Il n'est pas libéré envers les coassociés de son obligation.
65. Que faut-il décider, quand l'apport a pour objet des choses déterminées ?
66. Si la jouissance seulement est apportée à la société, la chose périt pour l'associé.
67. En est-il de même quand l'apport est de la propriété?
68. Opinion de Pothier.
69. Art. 1138 et 1302 du code civil.
70. Conséquence à tirer de ces articles.
71. Opinion de Pardessus.
72. Opinion de Toullier.
73. Opinion de Duvergier.
74. L'opinion de Pardessus est préférable. L'obligation de l'associé n'est accomplie que lorsqu'il a réellement apporté la chose promise.
75. Cette interprétation, conforme au texte de l'art. 1867, est conforme à la nature des obligations inhérentes à la convention de société.
76. Dans tous les cas, s'il y a eu mise en demeure, et que la chose n'eût pas péri en cas de livraison, la perte est pour l'associé.
77. L'apport doit être fait à l'époque prévue par le contrat

L'associé qui manque à ses engagements est passible des intérêts, de plein droit et sans demande.

78. Il peut être condamné en outre à des dommages-intérêts, quand la mise qui n'a pas été fournie avait une destination spéciale, et que la société n'a pu réaliser une spéculation projetée d'avance.

§ 3. — EFFETS DE L'APPORT.

79. Les effets varient selon la nature des conventions.
80. On peut n'apporter que la jouissance de son apport.
81. *Quid*, quand il consiste en objets mobiliers?
82. L'associé qui a mis en commun des objets qui se détériorent par l'usage, peut-il être contraint de les reprendre, à la fin de la société, quand leur dégradation ne provient que du temps et de l'usage qu'a fait légitimement la société de ce qui lui avait été livré?
83. *Quid*, quand l'apport est immobilier?
84. L'associé répond de l'éviction.
85. Peut-il substituer, à l'immeuble dont la société est évincée, un autre immeuble?
86. Quand l'éviction est partielle, la société cesse ou continue selon que l'immeuble diminué suffit ou non aux besoins de l'exploitation sociale.
87. Quel est, en cas de continuation, le sort de l'associé? Doit-il payer une somme d'argent à titre d'indemnité, ou subir une diminution de la part qui lui a été attribuée dans les bénéfices?
88. L'associé qui fait une mise immobilière répond de la contenance; mais, comme le vendeur, à moins de convention contraire, il n'est tenu qu'autant que la différence de la mesure réelle à la mesure exprimée est d'un vingtième au moins.
89. Opinion contraire de Duvergier.
90. Quand la jouissance seulement de l'immeuble est apportée, la société est tenue des obligations imposées à l'usufruitier.
91. Si la chose périt en entier, la société cesse.
92. Si elle périt partiellement, on applique les mêmes règles que dans le cas où la mise est de la propriété de l'immeuble.
93. Différences entre les mises de jouissance et les mises de propriété.
94. En cas de doute, on doit décider que la propriété même a fait la matière de l'apport.
95. Dissentiment avec Duranton.
96. Dissentiment avec Duvergier sur l'interprétation de diverses clauses.
97. Quand la mise consiste en industrie, on applique les mêmes règles.
98. La majorité ne peut, en cas d'insuffisance des premières mises, imposer à la minorité l'obligation d'en fournir de nouvelles.
99. Les tribunaux ne le peuvent pas davantage. Dissentiment avec Pardessus et Duvergier.

COMMENTAIRE.

§ 1. — APPORT.

59. L'objet de la société étant de composer un fonds dont l'exploitation donne à chacun des intéressés une somme quelconque de bénéfices, il est de l'essence du contrat que chacun des intéressés y apporte son contingent. Pothier exprime avec raison que l'attribution d'une quotité de gains à qui ne mettrait rien en commun, ni capitaux, ni industrie, ne formerait pas entre les contractants des relations sociales. Ce serait une libéralité subordonnée, dans ses effets, aux règles des donations (**Add.** TROPLONG, nos 4, 107, 127, 522, 580, 647).

60. Tout ce qui est dans le commerce, appréciable et susceptible de conventions privées, peut être la matière d'une mise sociale :

L'argent comptant,
Les créances,
Les meubles corporels,
Les immeubles,
Les brevets d'invention,
L'industrie, peuvent être mis en société.
La réputation même peut former un apport.

Rien ne s'oppose à ce qu'un négociant auquel sa loyauté, son intelligence et des aptitudes spéciales ont acquis la confiance, fasse de ce capital l'objet de son apport. Il n'y a rien de commun entre ce cas et la promesse de crédit, ayant pour base la position ou les fonctions de l'associé, parce qu'un tel apport ne pouvant avoir que l'intrigue pour moyen et la corruption pour fin, l'honnêteté publique ne permet pas qu'on en fasse la matière d'une convention (**Add.** TROPLONG, nos 108 et suiv.).

Le parlement de Paris a décidé, par arrêt du 1er mars 1785 (*Répertoire* de Merlin, vo *Société*), que la communication d'une méthode particulière d'inoculation avait formé, de la part de l'inventeur, un apport sérieux.

§ 2.

61. L'associé doit apporter à la société la chose qu'il a promise à l'époque et de la manière prévue par le contrat.

La mise peut consister en choses indéterminées, en argent, en marchandises, en créances;

Elle peut se composer de corps certains;

Elle peut embrasser la propriété même des objets, ou se borner à la jouissance.

62. Dans le premier cas, en quoi que la mise consiste, l'obligation de l'associé n'est remplie qu'autant qu'il y a eu tradition réelle de la chose promise; que, par exemple, l'argent a été versé dans la caisse sociale; que les marchandises ont été apportées dans les magasins; les créances régulièrement et valablement transportées à l'être collectif. Jusqu'à la délivrance la société n'est pas propriétaire; elle n'a que le droit de réclamer l'exécution des engagements contractés envers elle, et si l'associé transmettait à un tiers de bonne foi ce qu'il destinait primitivement à former sa mise, cette convention ne pourrait pas être attaquée (**Add.** TROPLONG, no 529, 529 3o).

63. Mais, par une conséquence du même principe, si la chose non encore livrée vient à périr, depuis que la société s'est formée, elle périt pour l'associé qui la possède. Il alléguerait vainement que la perte a pour cause un cas fortuit ou la force majeure, qu'il n'y a pas eu mise en demeure, et que la livraison n'aurait pas empêché le mal : il reste chargé du dommage. La tradition seule peut, en déplaçant la propriété, déplacer la responsabilité.

64. Il y a plus. La perte que l'associé subit ne le libère pas de son engagement; comme *le genre ne périt pas*, il doit remplacer la chose perdue par une autre de même nature et qualité, sous peine, s'il ne satisfait point à cette obligation, d'être poursuivi en dommages-intérêts par ses coassociés. Ainsi, la somme que l'associé doit apporter, est au moment de la convention chez un banquier, et la faillite de celui-ci en rend le recouvrement impossible; les marchandises sont détruites par un incendie, ou soustraites frauduleusement; l'associé n'est pas admis à dire qu'il n'a voulu mettre en commun que l'argent ou les mar-

chandises dont il est privé; car l'intention qui n'est pas exprimée ne peut jamais être invoquée; *si vero ante collationem, postquam eam destinasses, tunc pecunia periit, nihil eo nomine consequeris, quia non societati periit* (l. 58, § 1, D. *Pro socio*). Il faut qu'il trouve d'autre argent ou d'autres marchandises; son obligation est entière : *genus nunquam perit.*

65. Mais si la mise consiste en choses déterminées, et qu'elles périssent par cas fortuit, ou par force majeure avant la livraison, l'associé est-il délié de son obligation, et la perte pour la société? ou l'associé est-il au contraire soumis aux conséquences de l'événement qui ne lui permet plus de remplir son engagement?

66. Si la jouissance seulement est apportée à la société, il n'y a pas de difficulté; la chose périt pour le compte de l'associé qui s'en est réservé la propriété, et comme les autres associés n'étaient obligés envers lui que sous la condition très-réelle qu'ils jouiraient de la chose promise, la convention est résolue de droit, ou plutôt, les choses en étant venues au point où le contrat ne peut prendre naissance, la société est censée n'avoir jamais existé : toutes les parties sont dégagées de leurs obligations, aussi bien l'associé qui ne peut plus fournir sa mise, car on ne peut le contraindre à apporter à la société d'autres objets que ceux qu'il avait expressément déterminés, que les autres associés dont le consentement avait pour cause un fait désormais impossible. *Cessante causâ cessat effectus.*

Il est d'ailleurs conforme au droit que l'associé ne soit point, en ce cas, passible de dommages-intérêts pour l'inaccomplissement de son obligation; on ne répond pas des faits qu'on ne peut empêcher, à moins qu'ils ne soient la conséquence d'une faute personnelle.

67. Mais si la propriété même de corps certains et déterminés est promise à la société, la solution présente plus de difficultés.

68. Pothier enseigne (*Société*, no 110) que chacun des associés est débiteur à la société de tout ce qu'il a promis d'y apporter.

« Mais, ajoute-t-il, lorsque les choses qu'il a promis d'y apporter sont des corps certains et déterminés, si ces choses viennent à périr sans la faute du cet associé, et avant qu'il ait été constitué en demeure par son associé de les apporter à la société, il est quitte de son obligation de même que s'il les avait apportées. Cela est conforme aux principes suivant lesquels dans toutes les dettes de corps certain, la chose due est aux risques du créancier à qui elle est due, et le débiteur est libéré lorsqu'elle périt sans sa faute, et avant qu'il ait été mis en demeure de la payer. »

69. Le code civil consacrant, au titre des obligations, les règles émises par Pothier, dispose :

Art. 1138. « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

« Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait pas été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. »

Art. 1302. « Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte, si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

« Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périe chez le créancier, si elle lui eût été livrée. »

70. Or, la conséquence de ces dispositions n'est-elle pas, que lorsque le contrat est parfait, c'est-à-dire, lorsque les consentements ont été régulièrement échangés entre les contractants, et que la propriété des choses dont un des associés entendait former son apport, a été transmise à la société, la perte de ces choses ne dégage pas de ses obligations celui des contractants qui peut les accomplir?

Le contrat une fois parfait n'est pas dissous par l'accident qui réduit une des parties à l'impossibilité de remplir son engagement, et l'autre partie n'en doit pas moins remplir le sien. Le droit romain le décidait expressément à l'égard de la vente, qui est parfaite par le seul consentement des parties. Si la chose vendue, dit la loi, périt avant la tradition, l'acheteur n'en est pas moins obligé de payer le prix, parce que le contrat n'est pas dissous : *non est novum ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuerunt* (l. 185, § 1, D. *de reg. jur.*).

Mais la loi spéciale n'a-t-elle pas, en ce point, dérogé aux principes généraux des obligations?

L'art. 1867 du code civil porte :

« Lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun la propriété d'une chose, la perte survenue avant que la mise en soit effectuée opère la dissolution de la société par rapport à tous les associés.

« ... Mais la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société. »

71. Pardessus (no 987) a tiré de cette disposition la conséquence que, dans le cas même où la mise consiste en un corps certain, si elle périt avant la livraison par un cas fortuit ou par force majeure, les rapports que le contrat engendre sont brisés à l'instant.

Voici comment il s'exprime :

« ... On pourrait conclure des principes donnés précédemment, que celui qui a promis des corps certains et déterminés, est dégagé de son obligation de livrer par l'impossibilité de l'exécuter, et qu'il n'en doit pas moins rester associé, si c'était la propriété et non la jouissance de la mise qui eût été conférée, comme dans un cas semblable le vendeur a droit de demander le prix de la chose qu'il a vendue, quoique la perte par cas fortuit, avant la livraison, l'empêche de mettre l'acquéreur en possession.

« Il n'en est pas ainsi; l'événement qui rend impossible la réalisation de la mise convenue n'a d'autre effet que de devenir une cause de dissolution de la société.

« ... Notre opinion repose sur une disposition de la loi (art. 1867), qui ne présente pas une clarté parfaite et qui paraît en opposition avec les principes généraux du droit commun, sur l'effet de l'obligation de livrer des corps certains.

« Mais il nous semble que cette opposition, ou plutôt cette différence de principes tient à la différence des contrats dont il s'agit de régler les effets; s'il est vrai que dans certains cas et d'après les conséquences de la convention par laquelle un associé a mis un corps certain en société, il y ait lieu relativement aux garanties pour éviction ou autre cause, d'appliquer par analogie quelques-unes des règles du contrat de vente, on ne peut se dissimuler la différence notable qui existe entre ce dernier contrat et celui de la société.

« Le contrat de société, quoique parfait par le consentement, ne produisant jamais une simple obligation de livrer, mais créant entre les contractants des rapports personnels, qui tiennent à l'obligation de

faire, devient un contrat conditionnel. La livraison qui ordinairement termine tous les rapports entre le vendeur et l'acheteur, n'est que le principe des rapports individuels que la société fera naître, pendant toute sa durée, entre les associés. Les contractants sont présumés avoir entendu se mettre en société, sous la condition expresse que chacun d'eux réaliserait l'apport destiné à former le fonds social, sans lequel la société se trouverait n'avoir aucun objet, aucun moyen d'exister. Il en est, dans ce cas, de la société comme de l'assurance, qui, parfaite sans doute par le seul consentement réciproque, ne produit cependant pas ses effets, si le risque essentiel à cette convention ne commence pas.

« Si, dans l'hypothèse où un cas fortuit n'aurait pas fait périr la chose promise par l'associé, celui-ci refusait de faire une livraison sous la foi de laquelle les autres se sont engagés envers lui, ceux-ci ne pourraient se fonder sur les principes que nous avons expliqués pour obtenir la mise en possession des objets promis; car ce n'est pas le seul engagement pris; le contractant qui refuse de faire la livraison a promis encore d'être associé; il n'a pas transmis purement et simplement une propriété; il s'est obligé à communiquer une propriété dans laquelle sa qualité d'associé lui laissera des droits indivis. Une telle convention tient, sous les plus importants de ses rapports, à l'obligation de faire. La nature des choses ne permet aux autres contractants, que d'obtenir des dommages-intérêts proportionnés au tort qu'ils éprouvent de ce que la convention de société ne reçoit pas de réalisation.

« Sans doute ces dommages-intérêts ne seront point prononcés contre celui qui aura été mis, par une force majeure, dans l'impossibilité d'exécuter sa promesse; mais les effets de cette exception seront bornés à ce résultat, et, de son côté, il ne pourra exiger qu'on exécute à son égard l'obligation de le considérer comme associé. »

72. Toullier (t. VII, n° 457), après avoir rappelé la doctrine de Pothier, et les art. 711 et 1138 du code civil qui l'ont sanctionnée, pense au contraire qu'il est absolument invraisemblable que les rédacteurs du code aient voulu s'écarter de cette doctrine, qu'ils s'en soient écartés sans aucune raison, ou plutôt contre toute raison; car, dit-il, « après avoir établi, contre l'ancienne jurisprudence, que la tradition n'était plus nécessaire pour transférer la propriété; qu'elle est transmise par le seul effet de l'obligation, qui rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, pourquoi faire, pour le cas de la société, une exception en faveur de laquelle on n'aperçoit aucune raison plausible? Il est impossible de croire que telle ait été l'intention des législateurs : on ne trouve aucune trace de cette intention, ni dans les procès-verbaux des conférences tenues au conseil d'État, ni dans les exposés des motifs de la loi.

« Mais l'art. 1867 est obscur et équivoque. Oui, sans doute, et plût à Dieu que ce fût le seul! mais l'obscurité se dissipe en suivant la méthode prescrite par la raison et par les auteurs, d'interpréter les dispositions d'une loi les unes par les autres, et de s'attacher au sens qui s'accorde avec les principes généraux, plutôt qu'à celui qui s'en écarte sans motif. Interprétons la première disposition de l'art. 1867, qui porte que la perte de la chose, survenue *avant que la mise en soit effectuée*, opère la dissolution de la société, par la dernière disposition du même article, qui porte que la société n'est pas rompue par la perte de la chose *dont la propriété a déjà été apportée à la société*.

« Il est évident que ces expressions *de mise effectuée et de propriété apportée*, employées l'une dans la première, l'autre dans la dernière disposition de l'article, ont la même signification. Dans la première, on s'est servi de cette expression, *mise effectuée*, pour éviter la répétition choquante du même mot, si l'on avait dit, lorsque l'un des associés a promis de mettre en commun *la propriété* d'une chose, la perte survenue, avant que *la propriété* en soit *apportée*, opère la dissolution de la société.

« Mais dans la dernière disposition, où l'on n'avait point à éviter la répétition du même terme, on a rétabli le mot propre : la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont *la propriété a déjà été apportée*.

« On voit que, pour expliquer quand la perte de la chose dont l'un des associés a *promis* de mettre la propriété en commun, opère la dissolution de la société, le code distingue si la perte est arrivée avant ou après la translation de la propriété.

« Si elle est arrivée avant cette translation, autrement avant *la mise effectuée*, la société est dissoute.

« Si elle est arrivée après que *la propriété a déjà été apportée*, la société n'est pas dissoute.

« Ainsi, cette expression de la mise effectuée est synonyme de *propriété apportée*; il est du moins certain que l'article 1867 les a employées l'une pour l'autre.

« Mais quand la propriété est-elle transférée ou apportée? L'art. 1867 ne le dit pas. Il faut donc, pour le savoir, recourir aux art. 711 et 1138, qui portent, l'un que la propriété est transférée par *l'effet des obligations*, l'autre, que l'obligation de livrer la chose *rend le créancier propriétaire, et met la chose à ses risques, dès l'instant où elle a dû être livrée*, encore *que la tradition n'en ait point été faite*.

« L'obscurité, l'équivoque de la première disposition de l'art. 1867 s'éclaircit donc, et son véritable sens est fixé par cette explication et par le rapprochement, tant de sa dernière exposition que des art. 711 et 1138.

« Si donc nous avons formé une société par laquelle nous sommes convenus de mettre en commun nos deux corsaires, pour partager les bénéfices que leurs courses pourront procurer, la propriété de ces deux navires est, par le seul effet de la convention, transférée à la société. Si le mien seul périt sans ma faute, même avant que je l'eusse remis à la disposition de la société, elle n'est pas dissoute; elle continue de subsister, et je reste associé pour moitié dans les bénéfices de votre navire. Le mien a péri pour le compte de la société qui en était devenue propriétaire. C'est ce que décide la disposition finale de l'art. 1867 du code, qui porte : *la société n'est pas rompue par la perte de la chose dont la propriété a déjà été apportée à la société*.

73. Duvergier (nos 141, 422 et suivants) adopte l'opinion de Toullier, et ajoute qu'il peut exister des cas où la propriété de la chose promise ne soit pas immédiatement transportée à la société; soit, par exemple, lorsque la chose promise n'appartenait pas, au moment du contrat, à l'associé qui s'est engagé à la livrer; soit lorsque, propriétaire et possesseur de la chose, il a reporté dans l'avenir l'exécution de son engagement. C'est à ces cas et autres semblables que, doit, à son avis, s'appliquer la première partie de l'art. 1867; mais du moment où l'apport est fait purement et simplement, et que l'associé possède ce qu'il s'est obligé de mettre en commun, les art. 1138 et 1302 du code civil doivent recevoir leur application, et, conséquemment, la perte arrivée par cas

fortuit ou par force majeure avant la tradition, ne dissout pas la société (**Add.** Troplong, nos 926 et suivants).

74. Entre ces opinions, celle de Pardessus nous paraît préférable, parce qu'elle concilie le sens naturel des mots dont la loi s'est servie, avec la nature particulière des obligations que le contrat impose à tous les associés.

Quant au texte, en effet, et c'est la seule observation que nous voulions ajouter à celles de Pardessus, il est évident à nos yeux que le législateur, dérogeant par l'art. 1867 du code civil au principe général écrit dans les art. 1138 et 1302, a fait dépendre, non de l'échange régulier du consentement, mais du fait de la livraison, l'exécution des engagements contractés par chaque associé. Les mots : *avant que la mise en soit effectuée*, ne peuvent laisser aucun doute. On n'effectue pas une mise par cela seul qu'on a déclaré dans un acte de société qu'on apporterait tel ou tel objet déterminé. *Effectuer*, c'est mettre à effet, c'est exécuter. Le mot ne comporte pas d'autre sens. Ainsi, *on effectue une promesse* quand on remet à celui qui l'a reçue la chose promise, ou qu'on fait ce qu'on a promis de faire; *on effectue un payement* quand on compte au créancier la somme qui lui est due, et non autrement; *on effectue sa mise* quand on met la société en possession des objets dont elle se compose. Il n'y a pas d'autre manière d'effectuer une mise.

L'erreur de Toullier est venue de ce qu'il n'a pas voulu reconnaître dans l'art. 1867 du code civil une modification de la doctrine proclamée par Pothier, et, contre toutes les règles de l'interprétation, il a sacrifié à cette fausse opinion la signification nécessaire des mots.

Quant à la conciliation proposée par Duvergier, elle résiste également au texte de la loi. La rédaction de l'art. 1867 prouve que le législateur ne s'est pas occupé du cas où l'obligation de faire la mise était suspendue par une condition, ou empêchée par des obstacles indépendants de l'associé. L'article est fait pour le cas de stipulation pure et simple, et lorsque l'associé, possesseur de ce qu'il a promis n'en a pas *effectué* la livraison.

75. Telle est donc la loi : si la chose périt avant que la possession ait été transmise à la société, le contrat est dissous. Si elle périt après, et que le fonds social, tout diminué qu'il est, suffise à sa destination, le contrat continue.

La seule différence entre le cas où l'apport doit se composer d'objets déterminés, et celui où l'associé n'a promis que des choses *de genre*, des choses indéterminées, c'est que la perte de choses déterminées, résultant d'événements imprévus ou de force majeure, entraîne la résolution du contrat, et qu'on ne peut contraindre l'associé, réduit à l'impossibilité d'accomplir ses obligations, soit à fournir une autre mise, soit à payer à ses coassociés des dommages-intérêts : *Nemo casum præstat* : tandis que la perte des choses de genre ne libère pas l'associé de ses engagements, et que s'il n'y satisfait pas, il est passible d'une action en indemnité.

Dans tous les cas, et quelque opinion qu'on adopte sur la question que nous examinons, s'il y a eu mise en demeure avant que la chose ait péri, et qu'il ne soit pas prouvé que si elle eût été livrée elle aurait éprouvé le même sort, la perte incombe à l'associé (**Add.** Troplong, no 942 2o).

77. L'apport doit être fait à l'époque même que le contrat a prévue. Si l'associé est en retard, et que la mise consiste en argent, il en doit l'intérêt de plein droit et sans demande, à compter du jour où elle devait être payée. Si la chose promise produit des fruits, l'associé, sans qu'il soit besoin de mise en demeure, est débiteur et de ceux qu'il a recueillis, et de ceux que, plus habile ou plus diligent, il eût pu recueillir. C'est la punition de sa faute; elle ne lui serait pas remise dans le cas même où il serait douteux que la société possédant la chose en eût tiré un meilleur parti (**Add.** Troplong, nos 540. 542 2o).

78. La peine peut aller plus loin : si le retard a causé à la société un dommage excédant la privation soit des intérêts, soit des fruits, l'associé en est responsable. Si, par exemple, dans la vue de spéculations que les parties s'étaient proposées, l'apport ne pouvait être utilement fait qu'à un certain moment, l'associé qui a manqué à son engagement est garant et de la perte que la société a subie, et du gain dont elle est privée. Il est d'ailleurs indifférent qu'il ait été mis en demeure d'accomplir son obligation. La destination de l'apport est considérée comme une interpellation suffisante. On n'applique point à ce cas la règle qui réduit à une simple prestation d'intérêts l'indemnité due pour inexécution à l'échéance des obligations qui se bornent au payement d'une somme d'argent, parce que le but des sociétés est la spéculation, parce que le résultat des opérations commerciales notamment, est de tirer des capitaux un produit supérieur à l'intérêt légal, et que cette conséquence de la convention, prévue, nécessaire, oblige les associés qui n'ont pas acquitté leur engagement à la réparation entière du mal qu'ils ont causé (**Add.** Troplong, no 540).

§ 3. — Effets de l'apport.

79. Si la convention de société avait pour effet essentiel d'enlever à chacun des intéressés la propriété de la mise pour la transférer à l'être moral, rien ne serait plus simple ni plus facile à régler que leur condition respective. La société propriétaire du fonds social aurait les mêmes droits que tout autre propriétaire; elle pourrait, à son gré, jouir et disposer du fonds social, l'aliéner, l'hypothéquer pendant son cours, et quand le terme serait venu, chacun des associés aurait à recueillir une part du fonds commun correspondant à son intérêt, accrue ou diminuée par les accidents commerciaux, et sans pouvoir tirer de son droit primitif sur la chose apportée aucune sorte de privilége.

80. Le règlement ne serait pas moins facile, si les associés ne conféraient à la société que la jouissance de leurs apports, et si, dans ce cas, les choses mises en commun pouvaient se conserver exemptes de confusion. Chaque associé reprendrait, la société cessant, son apport ou ce qui resterait de son apport; il subirait la perte ou totale ou partielle, à moins qu'elle ne résultât d'événements imputables aux autres associés.

Mais d'une part, les contractants peuvent, selon leur convenance, apporter ou se réserver la propriété de leur mise; toute stipulation à cet égard est autorisée par la loi. Il peut arriver d'autre part que la nature et la destination des objets qui composent la mise, que le but auquel tend le contrat, que les nécessités de la spéculation exigent que la société dispose des objets mêmes dont la jouissance seulement a été mise en commun. Il y a enfin des cas, et ces cas sont nombreux, où la confusion ne peut être évitée. C'est donc une nécessité de fixer avec précision les conséquences que peut engendrer la variété des stipulations, ou la nature particulière des choses qui composent le fonds social.

81. 1o Si la mise est d'une somme d'argent ou de créances, la société peut en disposer à son gré, nonobstant la réserve faite de la propriété par l'associé. On ne peut, sans les aliéner, tirer profit de tels objets, et réaliser le but que se proposent toutes les sociétés,

civiles ou commerciales, de se procurer des bénéfices par l'exploitation du capital social. La nécessité crée le droit (**Add.** Troplong, n°° 122, 123, 586).

2° Si des objets mobiliers sont apportés, et que la propriété soit transférée à la société, elle peut les aliéner, les donner en gage ; rien ne gêne sa liberté ; elle a tous les droits qu'avait originairement l'associé dont ils émanent ; elle en a même davantage, car si l'associé ne les avait pas payés, il en pourrait être dépouillé par le vendeur, tandis que la société légalement constituée qui les a reçus de bonne foi ne peut être troublée dans sa possession (**Add.** Troplong, n° 140).

3° Si la jouissance de ces objets a seule été mise en commun, il faut distinguer : ou l'apport se compose de corps certains et déterminés qui ne se consomment point par l'usage ; la société, dans ce cas, n'a qu'un droit d'usufruit. Les choses sont aux risques et périls de l'associé qui demeure propriétaire, et si elles périssent, c'est pour son compte ; il ne peut élever de réclamations qu'autant que la société, par ses fautes, a compromis les objets confiés à sa garde (**Add.** Troplong, n°° 581, 582).

Si au contraire les choses apportées se consomment ; si elles se détériorent quand on les garde ; si elles ont été destinées à être vendues, comme la société ne pourrait pas toujours les garder sans manquer à son but, elle en a l'entière disposition. L'associé est censé avoir mis en commun le prix des choses apportées plutôt que ces choses mêmes ; et la perte arrivée pendant le cours de la société, est pour la société (**Add.** Troplong, n°° 586, 588).

Il en est de même du cas où les choses, quelle qu'en soit la nature, ont été mises dans la société sur une estimation portée par un inventaire. La société est considérée comme propriétaire ; les choses sont à ses risques. C'est en réalité le prix d'estimation que l'associé a apporté. Il ne faudrait pas d'ailleurs inférer des termes de la loi que la seule preuve admissible soit l'inventaire. Entre les parties contractantes, tout autre constatation régulièrement faite conserve les droits de l'associé dont la mise est formée de meubles estimés. La disposition de l'art. 1853 est énonciative (**Add.** Troplong, n° 593).

82. Les auteurs ont examiné la question de savoir si, lorsque la jouissance d'objets qui se détériorent par l'usage a formé l'apport, on peut, à la fin de la société, les rendre en nature à l'associé qui s'en est réservé la propriété, ou si, au contraire, il est fondé à les refuser et à réclamer le prix qu'ils valaient au moment où la mise en commun a eu lieu. Delvincourt et Duvergier ont adopté cette dernière opinion, et la raison qu'ils donnent à l'appui, c'est que la faculté conférée à la société de disposer de ces objets, équivalant à une transmission du droit de propriété, c'est au prix qu'avait la chose, et non à la chose même, que les parties ont eu égard en contractant.

Duranton soutient, au contraire, que la société satisfait à son obligation quand, arrivée au terme, elle représente les meubles dont la jouissance avait été mise en commun, et qu'elle les rend au propriétaire sans autre dépréciation que celle que le temps amène. L'usage était l'objet et la fin du contrat, il formait l'apport de l'associé ; le prix des bénéfices qui lui étaient promis ; pourquoi donc, expiant l'exercice légitime et régulier de son droit, la société serait-elle responsable d'un fait qui en est l'inévitable conséquence ? comment aussi l'associé pourrait-il être autorisé à réclamer son apport sans diminution et conserver le gain dont les contractants ont fait la compensation de son risque ?

Cette opinion nous semble préférable. Il n'est pas douteux que l'associé qui se réserve expressément la propriété des objets qu'il apporte ne puisse, à la fin de la société, s'ils existent encore en nature, et qu'il y trouve de l'avantage, les revendiquer et les reprendre. Les autres associés s'opposeraient vainement à cette application du contrat. Or, pourquoi ne pourraient-ils pas user du droit contraire ? La convention y répugne-t-elle ? La réciprocité n'est-elle pas une des conditions des contrats synallagmatiques ?

Lorsque la loi a déclaré qu'elle laissait aux risques et périls de la société les choses qui se détériorent par l'usage et dont la jouissance seulement a été mise en commun, elle n'a pas eu d'autre intention que d'exciter la vigilance des associés et d'empêcher que, par leur incurie, l'un d'eux, le propriétaire de ces choses, ne subît un dommage dont il n'avait pas accepté la chance ; elle n'a voulu ni pu vouloir modifier les stipulations, et s'opposer à ce qu'elles fussent exécutées avec rigueur. La société peut, sans doute, disposer des meubles apportés quand l'usage les détériore ; la loi lui confère ce droit, mais ce droit qu'elle tire de la nature périssable de la mise n'est établi qu'en sa faveur ; et de ce que la propriété cède en ce cas à l'utilité commune des associés, il ne résulte pas que la société ne puisse se borner à l'usufruit que la stipulation lui assure. Si elle préfère laisser les choses comme elle les a reçues, et en user, il n'y a pas de motif pour lui imposer l'obligation de payer la valeur de meubles qu'elle a conservés et qu'elle représente, dépréciés il est vrai, mais par l'effet du temps et de la jouissance.

Quand la femme mariée sous le régime dotal a dans son patrimoine des objets mobiliers sujets à se détériorer, ils sont aux risques du mari, et s'ils manquent à la dissolution du mariage, il en doit rendre la valeur. Si au contraire les objets existent encore, mais empreints des ravages du temps, la femme ou les héritiers de la femme sont forcés de s'en contenter. Le mari est responsable de la perte des choses, et non des résultats de l'usage auquel elles étaient destinées. La condition des associés doit être la même que celle du mari. Si les meubles ont disparu, la loi présume qu'ils ont été vendus, ou que le défaut de soin en a causé la ruine ; et de là naît l'obligation d'en rendre la valeur. Mais quand ils existent, quoique dégradés par l'usage qu'on en a fait, si cet usage a été légitime, et qu'aucune négligence ne soit imputable à la société, elle se libère complétement par la remise des objets mêmes. La diminution de valeur était prévue, elle tenait à la nature de l'apport ; elle était comme la condition des avantages attribués à l'associé dont il émane ; la société n'en peut être tenue. L'usufruitier (et la société n'a pas d'autre titre quand son droit se restreint à la jouissance de la mise) satisfait à ses engagements, quand à la fin de l'usufruit, et après s'être servi des choses pour l'usage auquel elles sont destinées, il les rend dans l'état où elles se trouvent, non détériorées par son dol ou par sa faute (art. 589 du code civil). (Toullier, t. VII, n° 461 *in fine*. **Add.** Troplong, n°° 589, 590.)

83. Des règles analogues s'appliquent à l'apport immobilier.

Si la propriété d'un immeuble est mise en commun, la convention produit entre les contractants tous les effets de la vente. La société, considérée comme acquéreur, succède sans restriction aux droits et aux obligations de l'associé qui fait l'apport. Elle peut, selon le but du contrat, exploiter l'immeuble, le donner à bail, l'hypothéquer, le vendre, en faire l'objet d'une antichrèse. Elle supporte les charges réelles dont la possession est grevée ; elle paye les réparations, les impôts, les dépenses de toute nature ; et, si

l'immeuble périt, la perte est pour son compte, sauf, s'il y a eu faute de quelqu'un des associés, à exercer un recours en indemnité contre lui.

84. Considéré comme vendeur, l'associé qui met un immeuble en commun est garant des évictions, des vices cachés, du défaut de contenance.

Si l'éviction est totale, la convention est résolue. Non-seulement l'associé dont la mise est perdue, ne peut réclamer la continuation de rapports qui n'ont plus de cause à son égard; il faut encore, si l'éviction procède d'un fait qui lui soit imputable, d'une revendication exercée par un tiers, de l'exercice d'une hypothèque légale, judiciaire, conventionnelle, ou d'autres circonstances de même nature, qu'il répare le préjudice causé par la rupture prématurée de la convention. C'était à lui de prévenir la dépossession de la société, en éteignant les droits réels imposés sur l'immeuble dont il a fait sa mise (**Add.** Troplong, nos 534, 535, 538 2o).

85. Mais que faudrait-il décider, si l'associé offrait de remplacer l'immeuble dont la société est privée, par un autre immeuble de même valeur? Une telle offre, suivie d'effet, ne suffirait-elle pas pour le mettre à l'abri des dommages et intérêts, et lui rendre les avantages que lui attribuait le contrat? Il faut distinguer. Si l'on suppose que l'immeuble mis en commun devait être vendu, il n'y aurait pas de raison sérieuse pour écarter une offre qui désintéresse la société. L'immeuble n'ayant été considéré que comme chose purement vénale, qu'importe que la société le conserve, ou qu'un autre lui soit livré, si la vente doit lui donner les mêmes résultats?

Mais si la société s'est proposé l'exploitation de l'immeuble, et que tel ait été le but de la convention qui s'est formée, tout dépend de la volonté des autres associés, car s'ils se refusent à la substitution, leur résistance ne peut être vaincue.

Quand la mise consiste en choses mobilières ou immobilières destinées à la vente, comme la volonté présumée des contractants est moins d'acquérir tels ou tels objets déterminément, que des objets ayant une certaine valeur de spéculation, l'associé peut remplacer ce qui périt; il n'y a d'inconvénient pour personne, et l'équité s'accommode fort d'une solution qui, sans léser aucun intérêt apparent, laisse au contrat son libre cours. Mais comment en serait-il de même quand l'apport est d'un corps certain, affecté par le contrat même à une destination spéciale? Ce n'est pas alors un immeuble en général, c'est un certain immeuble que les associés ont voulu. Leur consentement a eu pour cause sa situation, sa nature et la facilité de son exploitation, la qualité de ses produits, et toutes ces convenances accessoires si difficiles à signaler, quoique réelles; pourquoi donc survivrait-il au fait dont il est né? pourquoi les associés seraient-ils forcés d'accepter à la place de l'immeuble dont la possession leur était promise, un autre immeuble qu'on suppose d'égale valeur? Est-ce que cette substitution n'est pas une convention nouvelle? Est-ce que l'appréciation des avantages ou des inconvénients qui peuvent en résulter n'appartient pas exclusivement aux contractants?

Le vendeur ne pourrait contraindre l'acquéreur évincé à recevoir un autre domaine en échange de celui qu'il perd; le locateur ne pourrait imposer au locataire chassé de la maison qu'il occupe une autre maison, fût-elle plus commode, plus vaste, et dans le même quartier. La condition de l'associé doit être la même. Ce qui a fait la matière de la convention ne peut, sans l'assentiment des intéressés, subir aucune transformation.

86. Si l'éviction est partielle, les associés ont le choix ou de réclamer la dissolution du contrat ou de le continuer; c'est à eux de juger si, malgré le retranchement que le capital a subi, on peut encore atteindre le but vers lequel on tendait, ou si, pour éviter une perte plus grande, il convient de s'arrêter. En cas de dissentiment, les tribunaux prononcent, et s'il apparaît que l'éviction ne peut exercer qu'une médiocre influence sur la destinée de la société, elle doit avoir son cours jusqu'au terme que le contrat a fixé. La résolution n'a lieu qu'autant que la diminution du fonds social rend, sinon impossible, au moins difficile et dangereuse, la suite des affaires.

87. Quoi qu'il arrive, que la résolution soit ou non prononcée, l'associé dont l'apport a péri partiellement est passible de dommages-intérêts envers les autres associés. C'est par sa faute, et parce qu'il n'a pas éteint l'action des tiers, comme il y était engagé, que la société se dissout ou que ses moyens d'action s'amoindrissent: il doit une réparation proportionnée au préjudice dont il est cause.

Quand la dissolution a lieu, l'application du principe est facile. L'associé compense par une somme d'argent la perte que les coassociés éprouvent, et le gain qu'ils n'espèrent plus. Mais en doit-il être de même si la société continue? L'associé doit-il payer une indemnité relative à la valeur de la partie de son apport dont l'être moral est privé? On doit-il au contraire subir une réduction proportionnelle de l'intérêt qui lui est attribué?

Les opinions sont partagées à cet égard. A notre avis, il est conforme à l'équité, à l'objet, au but du contrat que les bénéfices diminuent avec la mise. Les bénéfices et la mise sont des corrélatifs nécessaires. Quand une société se forme, c'est constamment par le quotité des apports que se règle la position respective des intéressés; on donne à l'un un quart, un tiers, la moitié des profits, parce que la chose qu'il met en commun, meuble, immeuble, industrie, représente dans le fonds social un quart, un tiers ou la moitié; à l'autre on n'attribue qu'un cinquième, un sixième, une somme moindre encore, si telle est la proportion de la mise. Le produit présumé des choses apportées est la mesure de la part faite à chaque associé. Or, n'est-ce pas une chose de parfaite justice que l'un de ces éléments suive le sort de l'autre; que si l'un diminue, l'autre se modifie; que l'éviction qui altère l'apport, altère aussi ce qui naît de l'apport, la quotité relative du bénéfice?

Au moment où l'éviction a lieu, il n'est pas toujours facile d'en apprécier les conséquences. Ce qui ne paraît d'abord qu'un inconvénient peut devenir un danger. Il peut arriver que des circonstances inaperçues au premier aspect, ou mal jugées, influent d'une manière fâcheuse sur l'avenir de la société; il peut arriver, au contraire, qu'un événement fatal en apparence soit à peine senti, et que, loin d'en être troublée, la prospérité de la société dépasse toutes les prévisions. C'est une raison de plus pour subordonner à ces chances la condition de l'associé dont une éviction a diminué la mise, au lieu de le condamner à payer une somme d'argent qui pourrait n'être, selon les cas, qu'une réparation illusoire. Il faut, après l'éviction consommée, rechercher de bonne foi ce qu'on aurait accordé de bénéfice à l'associé, si, dans le moment où la convention s'est formée, son apport s'était réduit aux proportions que l'éviction lui a données, et régler son droit en conséquence. Dans un contrat qui a pour objet et pour but le partage des bénéfices que peut produire un capital formé d'apports individuels, il y a présomption nécessaire que la volonté des parties contractantes est de proportionner les avantages au concours promis par chacun (Toullier, t. VII, no 416).

88. L'associé dont la mise est immobilière répond également de la contenance. Une difficulté s'est élevée sur la question de savoir si l'art. 1619 du code civil s'appliquait à la société ; si dès lors quand la mesure de l'immeuble est exprimée dans l'acte, les autres associés ne sont autorisés à réclamer une indemnité qu'autant que la différence de la mesure réelle à la mesure déclarée est d'un vingtième ou moins. L'affirmative résulte de l'art. 1845 du code civil. Dès le moment, en effet, que l'associé assimilé au vendeur est soumis à la même garantie, on ne peut exiger de lui que ce qu'on exigerait du vendeur (**Add.** TROPLONG, n° 534).

89. Duvergier, pour dénier à l'associé l'application de l'art. 1619, s'appuie sur ce motif, que le contrat de société a pour base le principe de l'égalité absolue, et que l'attribution des bénéfices étant réglée sur l'importance de la mise, l'associé qui n'apporte pas tout ce qu'il a promis, tire de l'ignorance où il a tenu ses coassociés un illégitime avantage. Mais en est-il autrement dans la vente ? Le prix que paye l'acquéreur n'est-il pas réglé sur la contenance du bien vendu ? Ce n'est pas un immeuble d'une étendue non certaine qu'il entend acheter, quand la mesure est exprimée dans le contrat, mais un immeuble dont, en raison même de la contenance, il peut apprécier la valeur. La contenance est une condition de son consentement ; et cependant, à moins qu'il n'y ait une stipulation contraire, il faut, pour légitimer une action en diminution de prix, que la différence entre la mesure exprimée et la mesure réelle soit d'un vingtième au moins. La loi n'a pas voulu que des différences, peu considérables au fond, devinssent, entre l'acquéreur et le vendeur, un prétexte de guerre. Il en doit être de même dans la société. L'art. 1845 impose à l'associé les mêmes obligations qu'au vendeur : ses termes sont précis. Si l'associé répond de l'éviction, de la contenance, des vices rédhibitoires, des servitudes, en un mot, de tout ce qui peut empêcher ou restreindre la possession, c'est dans la même limite et aux mêmes conditions que le vendeur. Il n'y a rien, dans les dispositions qui s'appliquent spécialement à la société, d'où l'on puisse induire qu'en se référant aux règles de la vente pour déterminer les obligations de l'associé dont l'apport est immobilier, le législateur y ait voulu déroger quant à la garantie de la contenance. Toute distinction serait arbitraire ; c'est aux associés, s'ils veulent que tout ce qui a été promis soit livré sans nulle diminution, de le déclarer dans le contrat : autrement l'associé que des énonciations d'anciens baux, un arpentage mal fait, ou des circonstances de pareille nature ont induit en erreur, ne peut, pour une différence de moins d'un vingtième, être exposé à une action en résolution ou en dommages-intérêts.

90. Si la mise se restreint à la jouissance de l'immeuble, les règles qui précèdent se modifient en raison même de la stipulation.

La société est considérée comme usufruitière ; elle recueille les fruits de toute nature que l'immeuble produit ; et toutes les actions que la conservation de son droit exige, elle a capacité pour les intenter. Par compensation, elle supporte les contributions, les réparations d'entretien, les grosses réparations même, dans le cas où elles proviennent du défaut de soins depuis qu'elle possède l'immeuble (**Add.** TROPLONG, n° 538 3°).

Pardessus estime que les réparations d'entretien peuvent, en certains cas, rester à la charge de l'associé propriétaire, si, par exemple, la durée assignée par les parties à leurs rapports est tellement restreinte que les réparations soient pour la société une charge sans compensation. Cette solution, qui ne pourrait se justifier en fait que par une appréciation de la volonté présumée des parties, n'est pas conforme au droit. L'obligation de supporter les réparations d'entretien naît du titre même et de la position de la société, elle est indépendante de la durée et de l'utilité du contrat ; elle tient à la stipulation, à son essence : les associés ne s'y peuvent soustraire sans une réserve expresse.

La propriété continuant de résider en la personne de l'associé, si la chose périt par cas fortuit, force majeure, et sans qu'il y ait faute imputable à la société, la perte est pour son compte.

Il est d'ailleurs, comme l'associé qui met en commun l'immeuble même, garant des évictions, des vices cachés, du défaut de contenance, sauf l'exception de l'article 1619 du code civil.

91. Si la chose périt par cas fortuit, ou que par l'exercice d'une action réelle des tiers en enlèvent la possession aux associés, le contrat est rompu. Dans l'une ou l'autre hypothèse, la condition essentielle de la convention de société n'existe plus : le droit de prendre part aux bénéfices que crée la collaboration cesse quand la mise périt ; l'effet s'éteint avec la cause.

Il y a cette différence toutefois, que si l'éviction provient des faits de l'associé, il est passible de dommages-intérêts ; qu'il en est exempt, si la perte est née de cas fortuits ou de force majeure. On ne répond pas du mal qu'on ne peut empêcher (**Add.** TROPLONG, n° 538).

92. Si l'éviction est partielle, quelle qu'en soit la cause, prévue ou imprévue, accidentelle ou nécessaire, la condition de l'associé qui n'apporte que la jouissance, est la même que s'il apportait la propriété. Le contrat est rompu si l'insuffisance du fonds social ne permet plus de réaliser la spéculation entreprise ; mais s'il continue, l'intérêt de l'associé doit subir une réduction proportionnelle à l'éviction. Vainement alléguerait-il que la perte résulte de cas fortuits ou de la force majeure : ce n'est pas la cause, mais l'effet qu'il faut voir. D'où que vienne le mal, la société est privée d'une partie de la mise sur l'ensemble de laquelle la part de bénéfice avait été réglée ; quand l'usufruit qui a été mis en commun s'éteint en partie, une quotité correspondante des avantages dont il formait l'équivalent doit s'éteindre parallèlement.

La résolution, d'ailleurs, lorsqu'elle a lieu, n'a pas d'effet rétroactif. La convention produit ses effets jusqu'au moment où son exécution est jugée impossible : l'associé a droit aux bénéfices existants, sauf à subir, s'il y échoit, l'imputation du dommage dont il est responsable (**Add.** TROPLONG, n° 541, 542, 543 2°).

93. Ainsi entre les mises qui embrassent la propriété, et celles qui se bornent à la jouissance, il y a ces notables différences :

1° Que les premières, quand elles sont en la possession légale de la société, sont à ses risques et périls et que, sauf le cas où l'éviction procède de faits antérieurs au contrat, imputables à l'associé, elle répond de la dépréciation et de la perte, tandis que dans la mise de jouissance, le dommage qui ne provient pas de la société est pour le compte de l'associé ;

2° Que, dans le premier cas, la perte n'entraîne pas nécessairement la dissolution du pacte social ; que, dans le second, il cesse et périt avec la mise ;

3° Que, dans le premier cas encore, l'associé dont l'apport s'est confondu dans la masse commune, n'a sur le patrimoine de la société qu'un droit éventuel dont le partage détermine l'application et l'exercice ; que, dans le second, l'associé reprend la chose même qu'il avait apportée, et, en cas de perte imputable à la société, sa valeur.

94. Il ne semblerait pas que des stipulations aussi dissemblables par leur objet et par leur fin pussent jamais être confondues. Combien de fois cependant

n'arrive-t-il pas qu'une rédaction obscure, embarrassée, engendre et soulève des doutes!

Les difficultés, en ce cas, doivent se résoudre par l'ensemble des conventions, par les circonstances qui les accompagnent, par l'appréciation du but que se proposoient les parties.

La présomption la plus naturelle, c'est que la propriété même est transmise à la société. Dans la vente, ce qui fait l'objet du contrat passe à l'acquéreur, complétement et sans réserve, s'il n'y a convention contraire; la même règle doit s'appliquer à la société. Si cependant l'intention des parties proteste contre cette conséquence, et s'il est évident que de la convention ainsi entendue naîtrait une véritable iniquité, il faut décider autrement. La meilleure interprétation est celle qui, conciliant la pensée du contrat et l'équité, renferme en de justes limites les obligations des parties.

Ainsi deux négociants s'associent pour le commerce des denrées coloniales; ils apportent chacun une mise à peu près égale, et l'un d'eux ajoute à son apport la maison où s'exploiteront les affaires communes; qui pensera qu'en ce cas la propriété même de la maison est mise en commun? La nature de la convention, son objet et son but protestent contre une telle interprétation. Il ne tombe pas sous le sens que l'un des contractants fasse à l'autre un avantage exorbitant et sans compensation (**Add.** Troplong, nos 122 et suiv.).

95. Un auteur, Duranton, décide qu'il y a mise de jouissance seulement dans les cas suivants :

1° Si l'acte assigne aux contractants une part déterminée dans les profits et dans les pertes;

2° Si l'un des associés n'apporte que son industrie, ou avec son industrie une somme minime.

Ces solutions ne doivent pas être suivies.

D'une part, il n'y a rien de commun entre les effets que produit l'apport, et la répartition des produits ou des pertes. Que les contractants gardent le silence sur ce dernier point et se soumettent par là même à l'égalité absolue, ou qu'appréciant les aptitudes individuelles dont le concours est acquis à la société, ils fixent avec précision quelle part chacun aura dans les chances de l'exploitation, c'est relativement à l'apport, aux conséquences qu'il engendre, à l'appropriation aux associés, à sa fusion dans la masse commune, une circonstance indifférente. Est-ce qu'une attribution distincte des profits et des pertes exclut la transmission de propriété? Est-ce qu'il y a incompatibilité entre ces résultats? Si les parties avaient exprimé qu'elles le voulaient, rien ne serait plus légal ni plus obligatoire; or, le silence équivaut à la stipulation; il aurait fallu, pour que le contrat eût un autre sens, le déclarer expressément.

D'autre part, comme nous aurons occasion de le dire, la loi n'exige pas l'égalité des mises. Celui qui apporte le moins peut avoir la meilleure part des profits. Les parties ont en ce point entière liberté. Si l'industrie n'est considérée, dans le silence de la convention, que comme l'équivalent du moindre apport en capital, c'est uniquement pour fixer la part de bénéfices afférente à ce genre de mise; mais l'industrie est admise à tous les avantages que le contrat engendre. Pour l'industrie comme pour les capitaux il y a un patrimoine commun, un droit éventuel sur chacune des choses qui composent ce patrimoine, la faculté, quand le contrat cesse, d'en réclamer une partie. La nature de l'apport n'influe pas sur les effets de la société. Des droits inégaux dans leur quotité peuvent naître de la diversité des mises, mais ce sont des droits de même essence, ayant le même objet, la même application, la même fin.

Nous répétons que la présomption de la loi est la transmission de propriété à la société; les circonstances peuvent écarter cette conséquence en la montrant invraisemblable, absurde, odieusement inique. Mais il n'est pas permis, sous couleur d'équité, de prêter à des stipulations qui se concilient parfaitement avec les effets les plus absolus de la veote, une interprétation contraire. Des considérations auxquelles peuvent être opposées d'autres considérations de même genre, ne suffisent pas pour enlever aux stipulations leur application naturelle. C'est l'évidence qu'il faut et non la subtilité du raisonnement, pour déroger au principe de droit.

96. Mais que faudrait-il décider dans le cas où l'un des associés aurait stipulé, qu'avant tout partage de bénéfices, il prélèverait l'intérêt de sa mise? Ne serait-il pas juste d'admettre qu'en ce cas, l'apport se borne à la jouissance? ne le devrait-on pas surtout, si le contrat allouait un salaire à l'associé qui n'aurait apporté que son industrie?

Pothier, sur le premier de ces cas, exprime l'opinion qu'il n'y a que mise de jouissance, parce qu'en se réservant l'intérêt de l'argent, l'associé a assez manifesté la volonté de n'en pas aliéner la propriété.

Duvergier, sur le second cas, adopte aussi l'affirmative, attendu que l'attribution d'intérêts au capital et d'un salaire à l'industrie, indique qu'il n'y a eu des deux côtés que louage d'argent ou de travail.

Mais ne peut-on pas objecter à la doctrine de Pothier qu'un prélèvement d'intérêt, en dehors et en outre des bénéfices, n'implique pas la réserve de la propriété de la mise;

Qu'une telle convention n'a pour objet que d'attribuer à l'associé une plus forte part des produits;

Qu'il lui faut d'autant moins donner un sens plus étendu, qu'il en résulterait pour l'associé stipulant des avantages excessifs, puisqu'après avoir constamment touché l'intérêt de sa mise, il aurait le droit de la reprendre, la société cessant; et que de plus, une portion du fonds capital correspondant à son apport, lui serait attribuée, en telle sorte que, sans compensation pour ses associés, il recueillerait à peu près tous les profits que la société peut produire;

Que, dans l'usage, la convention de prélever avant partage les intérêts de la mise n'a jamais été considérée comme équivalant à la réserve de propriété?

Ne peut-on pas répondre à Duvergier :

Que si la stipulation qui confère à l'un des associés l'intérêt de sa mise, n'est pas incompatible avec la transmission de la propriété à la société, la stipulation qui concède un salaire à l'associé qui n'apporte que son industrie, ne peut pas avoir un autre sens;

Que la combinaison de ces clauses prouve seulement que les parties ont voulu, autant qu'il dépendait d'elles, se faire une position égale;

Que les besoins journaliers de la vie ont été pris en considération, et que, conclure de ces accidents à une réserve de propriété, c'est, en confondant des choses qui n'ont pas entre elles de liaison nécessaire, faire violence aux règles ordinaires de l'interprétation? On ne peut, quand des clauses de ce genre sont insérées dans les actes de société, supposer avec quelque fondement, que l'intention commune des parties contractantes, la seule chose à considérer dans les cas douteux, ait été de réduire à un simple usufruit le droit de la société. C'est le cas de la règle, que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre celui qui stipule. Quand la convention n'est pas claire, positive, le droit se résout en faveur de la société.

97. Il ne reste plus à parler que de la mise d'industrie.

La conséquence de ce genre de mise, c'est d'assurer à la société toute l'intelligence et tous les efforts

de l'associé ; c'est de lui donner droit à tous les fruits qu'elle peut produire. L'associé ne peut, dans le cercle des affaires sociales, rien entreprendre, rien faire qui ne profite à la masse (**Add.** Taoplono, n° 547).

Si cependant, sans rien ôter à la société de son temps et de son travail, l'associé pratiquait une industrie sans rapport avec l'industrie sociale, et que ce ne fût en réalité qu'un moyen d'employer les heures que ne réclame point la société, les bénéfices qu'il recueillerait lui appartiendraient exclusivement. L'obligation de l'associé est purement relative aux opérations de la société (**Add.** Taoplono, n° 548).

La mise d'industrie a de l'analogie avec la mise de jouissance. Comme celle-ci, elle doit être continue, constante, uniforme. Si l'associé cesse de travailler, le contrat est rompu. Dès qu'il n'y met plus son contingent, il n'en doit plus recueillir le profit. S'il interrompt volontairement son travail, il est passible de dommages-intérêts ; si les infirmités lui enlèvent une partie de ses forces et diminuent l'utilité de son concours, sa part de bénéfice subit une diminution proportionnelle ; l'effet de la convention se modifie avec la cause (**Add.** Taoplono, n° 947).

98. Pardessus et Duvergier sont divisés sur la question de savoir si, dans le cas où, partie des mises ayant péri, le fonds social est diminué de manière à rendre toute exploitation, sinon impossible, du moins incertaine et précaire, la majorité peut décider qu'un supplément d'apport aura lieu, à peine d'exclusion contre les associés récalcitrants (**Add.** Taoplono, n°s 181 et suiv., 724).

Pardessus embrasse l'affirmative, Duvergier la négative ; il n'accorde qu'aux tribunaux la faculté de vaincre les refus des associés. Ni l'une ni l'autre de ces opinions n'est conforme à la loi.

Quand une société s'organise, la convention détermine le fonds capital, la part pour laquelle chacun y devra contribuer, la manière dont il acquittera sa dette, l'époque à laquelle il payera.

Comme dans tout autre contrat, l'engagement de chacun est limité, et à moins de convention contraire, dès le moment où l'acte est signé ; il en résulte pour chacun une position irrévocable. Si donc des modifications semblent nécessaires, il n'appartient qu'à la volonté commune qui a fait le contrat de le modifier. La majorité est sans force et sans droit pour toucher aux éléments essentiels de la convention.

Si la diminution du capital ne permet pas de continuer la spéculation pour laquelle on s'est associé, et que le pacte social n'ait pas prévu ce cas, la majorité n'a qu'un droit, c'est de prononcer la dissolution devenue nécessaire, et de liquider. A quel titre l'associé qui a fait sa mise serait-il contraint à faire une mise nouvelle, à étendre un danger qu'il avait circonscrit, à substituer à une obligation spéciale et fixe, une obligation que l'entraînement ou l'obstination d'une majorité passionnée peut rendre indéfinie ?

Il peut se retirer, sans doute ; mais pourquoi son sort serait-il autrement réglé qu'il ne l'était dans la prévision du contrat ? Pourquoi lui refuserait-on la chance d'une liquidation dont il peut tirer avantage ? Pourquoi renoncerait-il à l'espérance d'obtenir au partage des objets dont l'intelligente exploitation peut réparer ses pertes ?

La majorité comme la minorité doit subir toutes les conséquences des faits qui s'opposent à la continuation du contrat.

99. Ce que la majorité ne peut faire, les tribunaux ne le peuvent pas davantage ; leur devoir est d'appliquer les conventions, non de les faire ou de les restaurer, en y appelant de nouveaux éléments de vie. La loi ne permet pas que l'exécution et la durée des contrats soient livrées à d'autres appréciations que celles des parties. Le juge qui peut, qui doit recourir à l'interprétation pour dissiper les doutes que produit une rédaction obscure, manque à sa première obligation quand, sous prétexte de vaincre des refus qui lui semblent illégitimes, il substitue sa volonté à la volonté que le contrat exprime.

Il faut tenir pour certain qu'à moins de stipulation contraire, les associés ne peuvent, malgré leur résistance, être contraints à réparer les brèches que le fonds social a souffertes. La détermination du capital a été la base et l'âme des relations qui se sont formées. C'est un malheur s'il ne suffit pas à sa destination ; mais en prescrire l'augmentation, c'est faire une convention nouvelle ; ce droit n'appartient qu'aux parties.

SOMMAIRE.

SECTION III. — LA SOCIÉTÉ DOIT AVOIR UN OBJET LICITE.

100. La société dont l'objet est contraire aux lois, aux bonnes mœurs, à l'ordre public, est nulle.
101. Conséquence de la nullité.
102. Dissentiment avec Duvergier.
103. Une société formée pour la contrebande est nulle. Réfutation de l'opinion contraire émise par Toullier.
104. Quand la contrebande se fait à l'étranger, la société est également nulle. Examen et réfutation d'un arrêt de la cour de cassation.
105. Toute société qui porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, est nulle.
106. Exemple tiré d'un arrêt de la cour de cassation.
107. Autre exemple.
108. Un office ne peut être la matière d'une société.
109. Néanmoins, les associés sont liés envers les tiers qui ont traité avec le gérant de la société. Arrêt conforme de la cour de cassation.

COMMENTAIRE.

100. Tous les contrats doivent avoir un objet licite. La loi n'accorde pas de protection aux stipulations qui blessent l'ordre, les mœurs, l'intérêt général.

Le contrat de société qui s'adapte à tout ce qui fait la matière des conventions humaines, aux meubles comme aux immeubles, à la vente, au bail, à l'échange, est soumis à la loi commune. La liberté des contractants s'arrête où commencent les prohibitions de la loi. Ainsi on ne peut s'associer pour voler, pour assassiner, pour spéculer sur le vice et la débauche. Ce qui tend à une fin déshonnête ne crée pas un lien de droit, et si une société s'est formée dans ce but, elle est nulle de toute nullité. *Si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem* (l. 17. D. *Pro socio*) (**Add.** Taoplono, n° 85).

101. La doctrine a tiré de ce principe les conséquences suivantes :

Que, si les choses sont encore entières, chacune des parties reprend sa mise ;

Que, s'il y a eu commencement d'exécution et profits obtenus, ils restent à l'associé qui les a recueillis ;

Que les pertes, s'il en survient, pèsent exclusivement et sans recours sur la partie qui les a faites ;

Qu'au moment où les rapports cessent, si le fonds social n'a pas péri, chacun, sauf le droit des tiers,

reprend les choses qu'il y a mises, dans l'état où elles sont alors. Il n'y a pas de patrimoine commun dans une société illicite, mais une réunion passagère, une agrégation qui ne déplace point la propriété. Après comme avant la stipulation, et quels qu'en soient les termes, chaque mise reste à l'associé dont elle émane. Il ne s'opère pas de confusion (**Add.** Troplong, nos 99-100).

102. Mais si les résultats de la collaboration ont été consacrés à l'acquisition de meubles ou d'immeubles, et que le détenteur manifeste la volonté de se les approprier, que faudra-t-il résoudre? Duvergier pense que la nullité ne rétroagit pas, et qu'il y a lieu de partager équitablement, ainsi qu'il se pratique dans les communautés de fait.

Cette opinion est contraire aux principes. Une action en partage ne peut naître d'une convention que la loi déclare illicite, car si l'associé qui tient en sa main le produit de la collaboration s'obstine à le garder, il faut s'adresser aux tribunaux; il n'existe pas d'autre moyen de vaincre sa résistance. Or, comment invoquer devant les tribunaux une convention dont l'accomplissement est un outrage à l'ordre public, à la morale, aux lois? Comment faire entendre une réclamation, qui n'est que l'aveu d'une turpitude? Suffit-il donc à l'exécution de la loi qui repousse, qui réduit au néant les sociétés dont l'objet n'est pas licite, qu'elles soient sans effet pour l'avenir?

La nullité dont la loi frappe ces sociétés n'est pas une nullité relative ni temporaire. C'est une nullité radicale, absolue, sans remède, qui s'attaque au principe de la convention, comme à ses conséquences, qui lui enlève toute force, qui lui refuse toute sanction, qui la réduit à un pur fait. On ôte à la loi sa moralité, sa dignité même, quand on suppose qu'après avoir rejeté le contrat dans son essence, elle peut, en certains cas, en permettre l'exécution.

Que l'équité vulgaire soit blessée d'une telle différence de condition entre associés coupables de la même faute, on le comprend. Il est fâcheux qu'un seul usurpe les fruits du travail de tous, et qu'en ajoutant à la violation des lois un acte déloyal, il s'enrichisse à leurs dépens; mais qu'importe à la solution de la difficulté? N'est-ce pas une règle certaine en droit que les stipulations illicites n'engendrent pas d'action? Le possesseur, quand sa possession a pour cause un fait contraire aux lois, trouve, dans le vice même de son titre, une protection contre les demandes qui ne reposent pas sur une autre base. Pour conserver ce qu'il détient, il n'a rien à prouver : la loi le répute propriétaire. C'est à ceux qui l'attaquent de justifier leurs droits, et comment, encore une fois, y parviendraient-ils, quand il est défendu d'invoquer en justice l'acte ou le fait dont s'étayent leurs prétentions?

Duvergier admet avec tout le monde que, dans les sociétés illicites, quand des bénéfices ont été réalisés et distribués, l'inégalité de la répartition n'autorise pas de recours de la part des intéressés les uns contre les autres; chacun peut garder ce qu'il a reçu. Le même principe doit s'appliquer lorsque, après la dissolution du contrat, il reste une propriété commune. Celui des associés qui la détient peut impunément se l'approprier : *in turpi causâ, potior possidentis causa* (**Add.** Troplong, no 102).

103. Si la doctrine que nous exposons ne devait recevoir d'application qu'aux faits déclarés illicites par la loi positive, elle serait à peu près sans objet. On ne s'associe pas pour voler ou pour assassiner, et si jamais une aussi coupable pensée se traduisait en convention, bien loin que les parties contractantes en réclamassent l'exécution devant les tribunaux, elles n'auraient pas de plus grand soin que d'en effacer la trace. Mais il est des faits d'une nature équivoque, que la loi n'a pas prévus, qu'elle n'a pas défendus, et qui cependant portent atteinte à l'ordre public. Il en est d'autres que la morale traite avec une sorte d'indifférence, parce qu'ils sont conformes en apparence à la liberté naturelle, et qu'ils ne sont prohibés que par des lois fiscales... Toute société qui a pour base des faits de l'une ou de l'autre espèce est illicite et nulle. Aucune convention ne peut produire effet, dès qu'elle a pour résultat d'attenter à l'ordre public, ou de violer une loi quelconque.

Toullier, qui repousse avec énergie toute société dont l'objet est vraiment criminel, pense que dans le cas où les parties ne contreviennent qu'aux lois purement civiles et aux règlements arbitraires, le contrat oblige; qu'en matière de contrebande, notamment, quand les parties ont satisfait à la loi, soit en payant l'amende, soit en subissant la peine corporelle qu'entraîne la contravention, rien n'empêche que la société produise son effet entre les parties, et l'auteur invoque Barbeyrac à l'appui de son opinion.

On ne peut trop vivement blâmer cette solution. Si les lois qui assurent le recouvrement de l'impôt ne sont pas de ces lois saintes qui, consacrant des principes d'éternelle morale, trouvent tous les esprits disposés à l'obéissance, elles ne sont pas moins obligatoires pour les citoyens. Distinguer entre les lois qui engagent la conscience et celles qui ne l'engagent pas, est une doctrine funeste. Toutes les lois, quel qu'en soit l'objet, qu'elles règlent les rapports de la famille, les formes et l'effet des conventions, ou qu'elles s'appliquent aux devoirs envers l'autorité, à la police du royaume, à l'impôt, exigent la même soumission. Il n'est pas permis de discuter la valeur morale des lois et de mesurer l'obéissance au degré de respect qu'elles inspirent. Toute loi, parce qu'elle est, doit être exécutée, et tout ce qui tend à la violer, condamné au néant. C'est encourager le désordre que d'admettre que des contrats faits au mépris de prohibitions positives peuvent créer un lien de droit, et que par exemple, après avoir payé l'amende, ou subi la prison, les parties sont fondées à réclamer devant les tribunaux l'exécution d'une société contractée pour la contrebande.

Est-ce qu'en effet l'amende et la prison purifient le contrat?

Est-ce qu'il n'a pas eu pour objet et pour but la violation des lois?

Est-ce qu'après l'expiation infligée par les tribunaux, les faits se sont transformés?

Est-ce qu'il est tolérable, enfin, que dans un État régulier, à côté des fonctionnaires chargés de recouvrer l'impôt, il se forme publiquement des associations dont l'industrie consiste à tromper, souvent même à séduire les agents du fisc; que leur patrimoine se compose de ce que perd le trésor public; et que les répressions pénales ne soient pour elles que des accidents commerciaux?

Les esprits ne sont que trop enclins à légitimer, à excuser au moins les infractions aux lois fiscales, pour qu'il faille encourager cette tendance; on n'a que trop de goût aussi pour les fraudes qui peuvent, sans exiger un long travail, conduire à la fortune, pour qu'il n'y ait pas un danger immense à laisser croire que les associations dirigées contre le fisc ne sont pas absolument illicites, et qu'après une longue et fructueuse pratique de la contrebande, on pourra demander à la loi même, devenue complice de la fraude, d'en protéger les résultats. Non, il faut que tous les esprits soient pénétrés de cette maxime, que toutes les lois, sans distinction, imposent le respect et la soumission;

qu'on ne peut, sans danger, en violer aucune; qu'aucun droit, en tout cas, ne peut résulter d'un tel fait.

La jurisprudence a déclaré nuls les engagements dont la contrebande était la cause : il n'y a pas de raison pour déclarer valables les associations que le même fait a produites.

Lorsque la loi romaine proclame que toute société contractée pour le vol ou pour l'assassinat est nulle, elle n'entend pas assurément statuer sur des réalités. Qui oserait révéler à la justice de telles conventions et en demander l'exécution? Le législateur a voulu montrer par ces exemples que toute société dont l'objet est de faire ce que la loi prohibe ne peut produire aucun effet. Or, une société organisée pour la contrebande est dans ce cas; nulle au début, elle est nulle à jamais; aucun événement ultérieur ne lui peut conférer la légalité qui lui manque : il n'y a entre les associés ni lien ni action.

Toullier invoque Barbeyrac à l'appui de son opinion. Mais jamais Barbeyrac ni l'auteur qu'il commente, le savant Puffendorf, n'ont rien écrit dont on puisse étayer une telle insurrection contre la loi.

Barbeyrac dit simplement qu'il y a des conventions que la loi défend et qu'cependant elle laisse subsister lorsqu'elles sont consommées. Qu'est-ce à dire? Que lorsque les choses en sont venues à ce point, que ce qui était d'abord illicite, ne blesse plus la loi, la convention tirant des faits postérieurs la force qui lui manquait primitivement, il n'y a pas de raison de l'annuler. Ainsi la vente de la chose d'autrui est prohibée. Mais le vendeur devient par succession ou autrement propriétaire de ce qui a fait la matière de la vente; où serait l'utilité de briser un contrat qui ne blesse plus aucun intérêt? Le mariage ne peut se contracter sans le consentement des parents; si donc on a méprisé leur autorité, et que le mariage se soit fait à leur insu, malgré eux, ils peuvent l'attaquer et le rompre : mais si, au lieu d'agir hostilement, ils approuvent, s'ils ratifient ce qui s'est fait, si même le silence qu'ils gardent après avoir acquis la connaissance du fait laisse présumer leur assentiment... quel intérêt y aurait-il à prononcer la nullité, quand les vices du passé sont couverts? quand l'ordre public lui-même réclame le maintien de la convention?

Voilà la doctrine de Barbeyrac et de Puffendorf. Or, qu'a-t-elle de commun avec la question que s'est proposée Toullier? Est-ce qu'il arrive un moment où la société formée pour la contrebande cesse d'être illicite? Est-ce que, dans le cas où la fraude a été découverte et punie, le principe des rapports est changé? Est-ce que le bénéfice dont le partage amène des querelles ne résulte pas d'un délit? Est-ce qu'enfin une société formée contre la loi, exécutée contre la loi, peut jamais tirer de la loi un principe d'action et de vie?

La cour de Paris a consacré cette doctrine par un arrêt du 18 février 1837 (Dallos, XXXVIII, 1, 175).

« Considérant, en droit, que l'obligation fondée sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet; que la cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public et prohibée par la loi;

« Considérant qu'il résulte des faits et circonstances de la cause, des pièces du procès et de la correspondance des parties, que la société en participation entre Lelong et Galabert avait pour objet d'introduire en fraude des marchandises étrangères dont l'entrée est prohibée par les lois, et de soustraire aux droits d'entrée des marchandises qui y sont soumises; que ce double objet de la participation a été avoué par les parties devant les arbitres, et qu'il est reconnu même par la sentence arbitrale;

« Qu'une telle société est illicite, et qu'elle ne peut donner lieu à aucune action devant les tribunaux » (**Add.** Troplong, n° 102).

104. Mais ce qui est illicite en France, aurait-il partout ce caractère, et faudrait-il également déclarer inobligatoire et nulle une association organisée pour faire la contrebande en pays étranger?

La cour de cassation s'est prononcée pour la négative le 25 août 1835 (Dalloz, XXXV, 1, 405) : elle a considéré que la contrebande en pays étranger, à l'aide de ruse employée pour tromper les préposés chargés de l'empêcher, n'étant prévue ni réprimée par aucune loi française, la convention qui avait eu pour objet l'introduction de denrées en Espagne, sans acquitter les droits dus à la douane, n'était pas illicite.

La cour de Pau, qui la première avait consacré cette doctrine, s'était déterminée par les motifs suivants :

Que, bien que les gouvernements interdisent le commerce interlope, les peuples ne laissent pas de s'y livrer les uns chez les autres, et que les mœurs, en cela plus puissantes que les lois, l'ont toujours autorisé;

Que la jurisprudence a reconnu que ce commerce pouvait devenir la matière d'une assurance valable;

Que la violation des lois prohibitives qui n'obligent que les sujets du prince qui les a établies, et dont les tribunaux d'un autre pays ne sont pas chargés de réprimer l'infraction, n'emporte pas nullité d'une société entre Français.

Le même arrêt déclare que, si au lieu de recourir à la ruse, on avait acheté la connivence des préposés des douanes, cette action blessant les principes de la morale, la convention serait frappée de nullité.

Cette dernière solution est d'une incontestable justice.

En est-il de même de la première? Nous ne le croyons pas, et quelque respectables que soient pour nous les décisions de la cour suprême, nous ne pouvons admettre avec elle qu'un fait dont le caractère est illicite soit qu'on y applique la loi française, soit qu'on interroge la législation étrangère, devienne licite par cela seul qu'il se consomme en pays étranger, et que des Français puissent en France demander l'exécution d'une société qui a eu pour objet et pour résultat la pratique d'une fraude.

Les tribunaux français ne sont assurément pas chargés de réprimer les atteintes portées aux lois des gouvernements étrangers : mais de ce qu'ils ne pourraient appliquer des peines d'amende ou de prison à la contrebande qui se fait en pays étranger, suit-il qu'une association pour faire en ce pays ce que les lois défendent est licite? que la convention tire de la qualité des contractants une force qu'elle ne peut puiser en elle-même? La morale est-elle à ce point circonscrite, que ce qu'elle réprime en deçà de la frontière, elle l'approuve ou du moins le tolère au delà?

Dans une partie des États-Unis, le commerce des noirs est permis. Supposons que des Français se sont associés pour cet odieux trafic, et qu'ils l'ont fait dans le pays même qui l'autorise. Seront-ils écoutés en France, si, divisés sur le partage, ils ont recours aux tribunaux? La justice se chargera-t-elle d'apaiser leurs dissentiments? ou ne les repoussera-t-elle pas, en disant qu'elle s'occupe non du lieu et du temps où les conventions litigieuses se sont exécutées, mais des conventions en elles-mêmes, de leur objet, de leur but; qu'en quelque pays et sous quelque législation que se soit formée la société, elle est contraire à la morale, à l'humanité, qu'elle blesse nos lois, qui les tribunaux n'ont rien à voir aux contestations qu'elle engendra?

Il n'y a qu'un cas où la prohibition du statut étran-

ger est sans valeur; c'est lorsque la loi française autorise ce qu'il défend. Comme il ne s'agit plus alors que d'une disposition arbitraire, et que la société, appréciée d'après la loi française, est légale, les tribunaux peuvent sans inconvénient décider les contestations qu'elle engendre. Mais la contrebande est-elle plus légitime en France qu'en Espagne? N'est-ce pas chez nous, comme en Espagne, un délit punissable? Ici comme là, n'est il pas contraire à l'ordre public de priver le trésor des perceptions qui lui sont dues?

L'arrêt de la cour de Pau invoque l'usage du commerce interlope, la puissance des habitudes à cet égard, la validité reconnue des assurances... Mais que signifie cela? que la spéculation qui vit de hasards et tire des prohibitions son plus sûr aliment n'a jamais reculé devant la crainte de violer les lois étrangères. Est-ce que sincèrement on peut prétendre qu'il est moral, honnête, irréprochable de nuire aux gouvernements étrangers? On peut excuser la contrebande par la nécessité de se défendre des invasions du commerce étranger, et de rétablir la balance, en opposant aux moyens qu'il emploie des moyens de la même nature; mais on ne peut pas la justifier.

La contrebande qui a pour but de se soustraire aux droits de douane est une fraude, une sorte de vol. Qu'elle s'exerce en France ou à l'étranger, c'est le même fait; s'il est moins dommageable dans un cas, il n'est pas plus moral. C'est une infraction aux lois; et une infraction aux lois, en quelque lieu qu'elle se commette, ne peut être la base d'une société.

Ainsi l'avait pensé Pothier; ainsi le faut-il penser encore. Il n'y a rien de plus dangereux que de revêtir d'une apparence de légalité une condamnable industrie; rien de plus dangereux que d'accoutumer les hommes à penser que les prohibitions ne sont faites que pour ceux qui ne les savent pas éluder.

105. Toute association qui porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie constitue un délit.

L'art. 414 du code pénal prononce des peines contre ceux qui, faisant travailler des ouvriers, se coalisent pour obtenir injustement et arbitrairement l'abaissement des salaires.

L'art. 419 prohibe et punit toute réunion des principaux détenteurs d'une même marchandise ou denrée, dont le but est de ne pas la vendre, ou de ne la vendre qu'à un certain prix, ou d'opérer par des moyens frauduleux la hausse ou la baisse, au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce.

Par une conséquence nécessaire, les rapports engendrés par de telles conventions n'ont pas de cause légale et ne peuvent produire aucun effet. Une société ne peut reposer sur un fait considéré comme un délit.

La nullité toutefois ne se réduit point au cas où les conventions rentrent expressément dans les prohibitions de la loi. Ce serait l'énerver que de l'entendre ainsi. Quelles que soient les combinaisons adoptées par les parties, s'il en résulte une gêne pour la liberté du commerce, un obstacle à la concurrence, la cause est illicite, le contrat doit être annulé (**Add.** Troplong, no 86).

106. Un arrêt de la cour de cassation, du 10 juin 1828, a fait de ce principe une application remarquable. Dans le fait, des fabricants de faïence s'étaient associés en stipulant :

1° Que chacun d'eux porterait à un magasin commun tous les produits de son usine;

2° Que les produits ainsi déposés seraient admis en compte courant d'après un tarif annexé au traité;

3° Que chacun serait crédité de sa marchandise, débité des remises à lui faites, et que chaque mois il y aurait répartition du résultat des ventes;

4° Que pendant le cours de la société, chaque fabricant renoncerait à vendre ses faïences par d'autres moyens que ceux de la société;

5° Que l'infraction à l'une ou l'autre des dispositions de l'acte serait punie d'une amende de 30,000 fr.

Cette convention, attaquée par l'un des associés, fut annulée comme illicite par arrêt de la cour de Bourges du 11 août 1826 :

« Attendu qu'en déterminant un prix de vente, les associés avaient nui à l'ordre public qui exige pour le commerce la plus entière liberté;

« Que la réunion de leurs fortunes leur donnait le pouvoir d'écraser tout établissement nouveau, en baissant au-dessous même de la fabrication le prix de la marchandise. »

Sur le pourvoi en cassation, on soutint, et ce fut aussi l'avis du ministère public, qu'il n'y avait de contraire à l'ordre public que les faits expressément défendus par la loi; que l'ordre public ne peut se circonscrire ou s'étendre au gré des intérêts et des passions; qu'il consiste dans la stricte observation des lois, dans le respect des propriétés, dans la soumission aux règlements émanés de l'autorité; que, dans l'espèce, aucune des stipulations du contrat ne blessait la loi positive; qu'il n'était défendu ni par l'usage, ni par la nature des choses de s'associer, de réunir dans un centre commun des marchandises, d'en fixer le prix d'après un tarif, d'aliéner au profit de l'être collectif la faculté individuelle de vendre ses produits; que rien enfin n'était plus légitime que de se garantir du danger de la concurrence, et que la plainte n'était permise aux intérêts froissés qu'autant que, pour atteindre ce but, on avait employé des moyens frauduleux.

La cour ne s'arrêta pas à ces raisons. Le pourvoi fut rejeté par arrêt du 10 juin 1828 (Dalloz, XXVIII, 1, 280).

« Attendu que la cour de Bourges avait pu, sans violer expressément la loi, voir dans l'acte du 23 janvier 1818, et en l'appréciant, des conventions propres à gêner la liberté du commerce, et à nuire à cette concurrence, et que cette interprétation, étant dans son domaine, échappait à la censure de la cour. »

Il ne faut pas se tromper sur la portée de cet arrêt; quelle qu'en soit la forme, la cour n'a certainement pas entendu consacrer sa doctrine constante que l'interprétation des contrats appartient souverainement aux cours royales, et qu'elles peuvent, dans l'exercice de ce droit, errer impunément. Si les tribunaux ont la puissance de dénaturer les conventions et d'en tirer des conséquences qui répugnent à la raison même, cette puissance ne va pas jusqu'à créer des prohibitions d'ordre public, et à briser comme illicites des stipulations que les lois autorisent, que du moins elles ne défendent pas. La cour de cassation a donc le droit et le devoir, quand un contrat a été déclaré nul, comme violant l'ordre public ou les bonnes mœurs, d'apprécier les circonstances dont cette conclusion est tirée, et, sans s'arrêter à l'interprétation de l'arrêt attaqué, d'examiner et de juger l'acte. De quel effrayant pouvoir, s'il en était différemment, les tribunaux ne seraient-ils pas investis?

Si la convention litigieuse a succombé devant la cour de cassation, comme elle avait succombé devant la cour de Bourges, c'est qu'elle était illicite par son objet et par son but. Comment, en effet, méconnaître que la société déclarée nulle avait pour objet de rendre la concurrence impossible, et de livrer les consommateurs à la merci des associés? Quelle nouvelle usine pouvait s'élever, quand l'abaissement du prix

de vente au-dessous du prix de fabrication, abaissement possible, puisque chacun des associés était obligé, sous un dédit de 30,000 francs, de suivre le tarif arrêté par les gérants, enlevait toute chance aux nouveaux venus et les condamnait à périr? Or, la liberté des conventions peut-elle aller jusqu'à consacrer de tels résultats?

On peut faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi, c'est la règle; mais la loi n'a pas défini tout ce qu'elle défend. Comment aurait-elle prévu tous les cas qui constituent une atteinte à l'ordre public, tous les faits qui blessent les mœurs? Elle s'est contentée de poser le principe. C'est au juge, quand une convention lui est dénoncée comme illicite, d'y appliquer les principes généraux du droit, les préceptes de la morale, les règles protectrices des sociétés humaines, les enseignements de l'économie commerciale; et s'il est évident que la stipulation est inconciliable avec l'intérêt et l'ordre public, d'en prononcer la nullité: or, former une coalition pour s'emparer du marché et y régner en maître, en étouffant la concurrence, peut-il jamais être un acte licite, moral, conforme à l'utilité générale?

107. On a pendant longtemps agité la question de savoir si l'art. 419 du code pénal était applicable à des entreprises de messageries.

Les cours de Toulouse et de Paris ont décidé la négative; elles ont pensé que le transport ne pouvait être assimilé à une marchandise ou à une denrée;

Que la marchandise est essentiellement une chose corporelle, susceptible de remise manuelle, se pesant, se mesurant, se comptant, pouvant au gré de l'acheteur être revendue, ou consommée, ou modifiée;

Que le transport est au contraire un droit incorporel, naissant d'un contrat de louage;

Qu'on ne peut conséquemment considérer comme détenteurs de marchandises des entrepreneurs de transports.

Les cours d'Amiens et de Lyon ont, avec la cour de cassation, embrassé l'affirmative par ces motifs principaux:

Que l'art. 419 du code pénal s'applique indistinctement à tout ce qui, faisant l'objet de spéculations commerciales, a une valeur, un prix habituellement déterminé par la libre et naturelle concurrence du commerce;

Que cet article n'est pas limité aux marchandises corporelles;

Que les entreprises de messageries constituent des actes de commerce;

Que l'usage des moyens de transport est la marchandise dont les entrepreneurs de messageries font l'objet de leur commerce.

On peut hésiter entre ces graves autorités; car si, d'une part, la généralité de la loi, son esprit et son but, le sens indéfini qui s'attache au mot de marchandise, et l'application qu'il comporte à tout ce qui constitue la spéculation, semblent exclure toute distinction; de l'autre, l'impossibilité d'étendre les dispositions de la loi pénale à des cas qu'elle n'a pas exprimés, et la nécessité de préférer à la signification doctrinale des mots leur acception vulgaire, semblent restreindre aux choses mobilières, corporelles, susceptibles d'être pesées, mesurées ou comptées, la qualification de marchandises.

Mais qu'une telle convention tombe ou non dans les prévisions du code pénal, il n'est pas douteux que, selon le droit civil, elle ne soit illicite et nulle, et qu'entre les parties contractantes elle ne produise aucun effet. Dirigée manifestement contre la concurrence, une société de ce genre a pour objet, elle peut avoir pour résultat d'empêcher ou d'éteindre toute rivalité. C'est l'abus de la force. L'ordre et l'intérêt public ne peuvent souffrir qu'on sépare ainsi d'une industrie commerciale les conditions naturelles de son existence et de son exploitation (**Add.** Troplong, n° 86).

108. Un office peut-il être l'objet d'une société?

Une telle question semble ne pouvoir s'agiter que dans les temps où toute idée de légalité, de devoir et de convenance s'efface et disparaît.

Un office est une délégation de la puissance publique.

Ce n'est pas, à proprement parler, une propriété, mais une délégation tenant à des conditions particulières de capacité, de moralité, de fortune; soumise dans son exercice à des règles spéciales, dans sa transmission à la volonté du souverain.

S'il y a quelque chose d'essentiellement personnel, d'intime, c'est un office.

Comment dès lors en faire la matière d'un contrat de société? Est-ce que l'officier public, notaire, agent de change, avoué, peut mettre en commun le pouvoir qu'il tient de ses fonctions? Est-ce qu'il en peut communiquer une portion quelconque à des associés? créer des fractions de notaire, d'avoué, d'agent de change?

On a cependant soutenu l'opinion contraire, sinon pour les offices de notaire et d'avoué, au moins pour les offices d'agent de change. L'absence d'une prohibition formelle, le haut prix des charges, et la difficulté de réunir les capitaux nécessaires à leur acquisition, la nature et le but de leur exploitation, l'intérêt même du commerce, ont paru à de graves esprits des motifs suffisants pour légitimer ces associations. Quel inconvénient d'ailleurs en peut-il résulter, disent-ils, puisque l'officier public, qu'il ait ou non des associés, reste dans la plénitude du droit inhérent aux fonctions, puisqu'il en exerce les actes sans contrôle, et que la convention n'a d'autre but, en réalité, que de partager le profit, quand la société dure, et, quand elle finit, le prix de l'office?

On ne peut, en moins de mots, entasser plus d'erreurs.

Qu'aucune convention ne puisse exister légalement sans les éléments qui la constituent, tout le monde est d'accord sur ce point; il n'y a pas d'effet sans cause. Or il est de l'essence de la convention de société,

Qu'il y ait un apport;

Que le fonds social soit la propriété de l'être moral;

Que chacun des associés y acquière un droit égal, en ce sens que s'il varie dans la quotité, il ne diffère point dans sa nature, non plus que dans son application.

C'est encore une condition essentielle de la société, que la chose qui en fait l'objet soit exploitée dans l'intérêt commun; que, s'il en est autrement, le contrat puisse être rompu; qu'un des associés ne puisse, en aucun cas, aliéner le fonds social contre le gré des autres associés.

Or, où trouver ces conditions dans la société qui a pour objet une charge d'agent de change? Est-ce que la nature de la chose ne résiste pas à toute transmission? Est-ce que le titulaire n'en reste pas légalement seul propriétaire et n'en a pas l'entière disposition? Est-ce qu'il ne peut pas l'aliéner? Est-ce qu'on peut, quoi qu'il fasse, même en rompant la société, le contraindre à s'en dessaisir? Est-ce qu'enfin il peut y avoir société là où le fonds social est dans la dépendance d'un des associés, à ce point qu'il peut impunément le compromettre et le détruire?

On a comparé le droit du titulaire de l'office au droit que la qualité de gérant unique confère à l'associé qui en est investi; mais c'est une évidente erreur,

car l'associé gérant, quelque étendus que soient ses pouvoirs, n'a pas sur le fonds social d'autres et plus grands droits que chacun des autres associés; il est copropriétaire comme eux, au même titre, et soumis à toutes les obligations que la société comporte. Il ne les peut violer sans encourir le danger de la destitution (**Add.** Troplong, n°s 89 et suiv.).

Quant à l'observation que la société contractée pour un office d'agent de change se résume en un partage de bénéfice, elle serait vraie en fait qu'elle ne légitimerait pas le contrat. C'est qu'en effet, tout associé appelé à partager les profits d'une société a le droit incontestable de vérifier les comptes qui lui sont présentés. Or, pour vérifier des comptes, il en faut examiner les éléments, consulter les livres, passer en revue toutes les opérations, rechercher et constater ce qu'elles ont procuré de profit. Et que devient alors l'obligation du secret imposé à l'agent de change? Est-ce qu'il n'est pas déraisonnable, absurde, d'admettre la possibilité d'une convention dont l'exécution, dans les bornes les plus étroites, est contraire à la loi? Mais d'ailleurs il n'est pas exact de dire que l'objet exclusif du contrat soit un partage de bénéfice; il embrasse la charge même, et la charge c'est le droit de négocier à la bourse les rentes et les effets de commerce, c'est le droit de présenter un successeur; c'est la délégation intransmissible de la puissance publique.

Un agent de change peut avoir des bailleurs de fonds; des associés, jamais : la loi ne le permet pas; et quant à l'intérêt du commerce, il ne l'exige pas davantage. Il faut bien le reconnaître, la profession d'agent de change n'est plus ce que la loi l'a faite. Combien d'agents de change se bornent aujourd'hui à faire pour leurs clients les négociations que la loi leur confie? En général, mêlés au mouvement de la bourse, s'ils ne l'excitent pas, ils le suivent; ils spéculent sur les variations dont ils sont les témoins, plus souvent même les complices. On ne compte plus ceux qui ont péri pour avoir méprisé les obligations qu'ils avaient juré d'accomplir. La faculté de former des sociétés ne peut qu'augmenter le désordre. Quand un agent de change est seul maître ou responsable de sa charge, il est en quelque sorte condamné à la circonspection : il a tant de risques à courir! Mais qu'il ait avec lui des associés, comme il a moins à perdre, il a moins de prudence; le danger s'affaiblit en se divisant; on se laisse aller à la tentation, et quand cette vie de hasards a commencé, elle n'a plus d'autre issue que la banqueroute ou le scandale d'une fortune acquise par une longue succession d'infractions à la loi. Non, non, le commerce n'a rien à gagner à ce qu'on ouvre aux abus une plus large porte. Le mal est devenu trop grand pour qu'on l'aggrave par des concessions qui ne seraient, après tout, qu'une offense à la loi.

La cour de Paris a bien jugé, lorsque le 2 janvier 1838 (Sirey, XXXVIII, 2, 87) elle a déclaré :

Que le droit d'exercer les fonctions d'agent de change, étant essentiellement personnel, ne peut constituer une sorte de propriété que pour celui qui l'exerce;

Que la loi lui faisant un devoir de tenir les opérations secrètes, la nature de l'office résiste à ce qu'il devienne l'objet d'une société;

Qu'on ne conçoit pas de société là où la chose sociale n'est susceptible ni de propriété, ni d'exploitation par plusieurs, et où les opérations de la société ne doivent être connues que du gérant.

La cour de cassation a consacré la même doctrine par un arrêt du 24 août 1841 (Dalloz, XLI, 1, 145) (**Add.** Troplong, n°s 94 et suivants).

109. Elle a jugé également que lorsqu'une société a été contractée pour un office d'agent de change, la nullité ne pouvait être opposée aux tiers; qu'à leur égard les associés devaient encourir la chance des pertes, comme ils avaient eu la chance du gain; et qu'il fallait, avant de retirer les sommes qu'ils avaient versées dans la caisse commune, que toutes les dettes fussent payées.

Cet arrêt est parfaitement juste. Le droit ne permet pas que des associés d'agent de change puissent, selon les cas, être associés ou bailleurs de fonds : associés, s'il y a des bénéfices à recueillir; bailleurs de fonds, si les affaires ont été malheureuses; et que dans la dernière hypothèse, ils puissent disputer à des créanciers légitimes le gage qu'ils leur ont eux-mêmes affecté. Les effets de la nullité se concentrent entre les contractants.

SOMMAIRE.

SECTION IV. — LA SOCIÉTÉ DOIT ÊTRE CONTRACTÉE POUR L'INTÉRÊT COMMUN DES PARTIES.

110. La société doit avoir pour but l'intérêt commun des parties. La loi frappe de nullité les stipulations dont l'objet est d'attribuer à l'un des associés tous les gains, ou de l'affranchir de toutes les pertes.
111. C'est par l'ensemble et le résultat des conventions que ces questions doivent se décider.
112. Exemples tirés de l'ancien droit.
113. Examen et critique d'un arrêt de la cour de Paris, qui a déclaré légale la stipulation d'une part de bénéfices au profit d'un prêteur en sus de l'intérêt.
114. Un associé peut-il valablement céder à son coassocié tous ses droits, moyennant une somme égale ou supérieure à son apport?
115. Peut-on stipuler que l'un garantira à l'autre le remboursement entier de sa mise, moyennant l'abandon d'une part de bénéfices?
116. L'un peut-il vendre à l'autre tous les gains à forfait?
117. Opinion de Pothier. Dissentiment avec Duvergier.
118. Il n'est pas nécessaire que chacun des associés ait une part égale dans les bénéfices ou qu'il supporte une part égale dans les pertes. Exemples de stipulations permises.
119. On peut convenir que tous les gains appartiendront au survivant.
120. Quand les stipulations relatives au partage des profits ou des pertes sont illicites, ont-elles pour conséquence la nullité de la société, ou faut-il seulement annuler les clauses qui violent la loi?
121. Le règlement des parts peut être confié à un tiers. Quand et dans quel temps l'associé qui le trouve injuste doit réclamer.
122. Si le tiers ne peut ou ne veut faire le règlement, il n'y a pas de société.
123. La mise d'industrie est réputée égale à celle de l'associé qui a le moins apporté.
124. On peut exempter l'associé qui a fait une telle mise de l'obligation de contribuer aux dettes après l'épuisement du fonds capital.
125. Les allocations de bénéfices faites pendant le cours de la société sont purement provisoires : c'est après la dissolution de la société et sur l'ensemble des affaires que le droit de chaque partie doit être réglé.

COMMENTAIRE.

110. Le but de l'association est de subvenir à la faiblesse de l'homme, de donner à l'intelligence et à l'industrie que l'isolement condamne à de stériles efforts, aux capitaux qui ne peuvent produire quand ils sont divisés, un moyen de fructifier en s'unissant. C'est donc une conséquence nécessaire du contrat de société qu'elle tourne au profit commun des intéressés.

La loi déclare nulle la convention dont l'effet est d'attribuer à l'un des associés la totalité des bénéfices; elle déclare nulle aussi la stipulation dont l'objet est d'affranchir de toute contribution aux pertes la mise d'un ou de plusieurs des associés. Il n'y a pas de société dès qu'il n'y a pas pour tous chance égale de gain et de perte.

111. Si les actes contenaient expressément les stipulations que la loi repousse, la solution n'offrirait jamais d'embarras; mais qui oserait écrire dans une convention de société qu'il recueillera tous les profits obtenus par les capitaux, les soins et les travaux de ses coassociés? La cupidité met plus d'art en ses combinaisons, elle se déguise et voile ses desseins; sous sa main, les stipulations par le moyen desquelles elle veut attirer tous les gains, ou se soustraire aux pertes, prennent un air de légalité; le fond disparaît sous la forme, et souvent c'est le résultat seul qui révèle aux intéressés la fraude dont ils sont les victimes. Il ne suffit donc pas, pour légitimer le contrat, que les clauses séparément appréciées paraissent irréprochables, ou que les avantages dont un des associés est investi soient en apparence conformes à la loi; c'est à l'ensemble et au résultat des stipulations qu'il faut s'attacher pour en apprécier la légalité, et, s'il est démontré qu'elles transportent à l'un tous les bénéfices ou qu'elles exemptent son apport de toute contribution aux pertes, en prononcer la nullité. Les artifices de rédaction ne peuvent pas suppléer aux conditions essentielles des contrats, ni faire qu'une convention dont les chances bonnes et mauvaises n'appartiennent pas, dans une proportion quelconque, à toutes les parties, soit une société (**Add.** Troplong, nos 4, 6, 8, 16, 106, 628, 629).

112. Sous l'ancien droit, quand le prêt à intérêt n'était permis qu'aux négociants, il arrivait que de simples particuliers, pour tirer profit de leur argent, contractaient avec un commerçant une société, et stipulaient que pendant la durée du contrat le capital par eux apporté produirait intérêt, et qu'au moment de la dissolution, ils le reprendraient entier, quel que fût d'ailleurs l'état des affaires sociales. Les casuistes avaient donné leur assentiment à ces clauses; mais les ordonnances des rois (1), les arrêts du parlement, les décisions de l'Église (2), s'étaient réunis pour les proscrire, en déclarant que de telles conventions n'avaient de société que le nom, la société n'étant pas compatible avec la nécessité de restituer le capital mis en commun dans le cas où les opérations n'avaient laissé que des pertes, et qu'il n'y fallait voir qu'un prêt déguisé pour éluder l'application des lois interdisant l'usure.

Aujourd'hui que la législation, d'accord avec la science économique, a proclamé que l'argent est, comme la terre, susceptible d'un produit honnête, il n'y a qu'une conséquence à tirer de l'ancienne doctrine, c'est qu'il ne suffit pas qu'on ait donné à la convention la dénomination et la couleur de la société pour en assurer les effets; c'est que toute stipulation qui a pour objet et pour but de soustraire au péril de l'exploitation sociale l'apport d'un des intéressés est contraire à l'essence du contrat de société, et d'une nullité radicale (**Add.** Troplong, nos 47, 48, 49).

113. Cependant, une question analogue s'étant présentée en 1834 devant la cour royale de Paris, elle y a reçu la solution contraire. Dans le fait, un sieur Massilian, en prêtant 60,000 francs à une société commerciale avait stipulé qu'outre 6 pour 100 d'intérêt, il aurait une part des bénéfices, et presque immédiatement, escomptant ces bénéfices à la société, il en avait obtenu des billets montant à 21,600 francs. La dette n'était pas encore acquittée quand la société fut dissoute; le liquidateur refusa de payer. Il donnait pour motif de sa résistance, que les billets, de l'aveu même de Massilian, représentant ses bénéfices, il n'en pouvait réclamer le payement qu'en établissant qu'il avait fait partie de la société; mais que cette prétention était impossible, en présence de la convention, puisqu'il n'avait pas aliéné son capital de 60,000 francs, et qu'il en avait constamment perçu les intérêts; que dans la réalité des choses, il avait fait un prêt, et que dès lors les billets étaient sans cause, la loi déclarant illégitime et nulle toute stipulation dont le résultat est d'assurer au prêteur d'une somme d'argent un profit quelconque au delà de l'intérêt dont elle a fixé le taux.

Ces raisons étaient sans réplique; cependant le tribunal de commerce et la cour de Paris les écartèrent successivement. Le payement des effets fut ordonné sur le motif « que la stipulation d'une part de bénéfice, indépendamment de l'intérêt légal des sommes prêtées, n'avait rien que de licite, surtout dans le commerce. »

Mais, sur le recours en cassation, la décision de la cour de Paris fut cassée par arrêt du 17 avril 1837 (Dalloz, XXXVII, 1, 303).

« Vu les articles 1er et 3 de la loi du 3 septembre 1807, l'art. 18 du code de commerce, et les art. 1832, 1833 et 1855 du code civil; et attendu que, loin de constater l'existence d'une association dans laquelle la somme de 60,000 fr. serait entrée comme mise sociale, avec les chances de pertes et de gains qui sont inhérentes à toute association, l'arrêt attaqué constatait lui-même que Massilian n'avait jamais été que prêteur de ce capital;

« Que l'arrêt constatait, en outre, que les six billets de 3,600 francs chacun, n'avaient été que le résultat direct et immédiat du prêt conventionnel des 60,000 fr., pour lesquels, de plus, un intérêt de 6 pour 100 par an avait été stipulé; qu'ainsi le fait tel qu'il était déclaré, constituait un prêt conventionnel, avec intérêts excédant le taux fixé par une loi d'ordre public, à laquelle ni les parties, ni les tribunaux ne peuvent déroger sous le prétexte du règlement à forfait d'une part de bénéfices dans une association qui n'aurait existé ni de fait ni de droit;

« Attendu qu'en ordonnant, sous ce prétexte, le payement intégral des sommes qui formaient l'objet de la demande de Massilian, l'arrêt attaqué avait violé à la fois les articles ci-dessus visés de la loi du 3 septembre 1807, du code de commerce et du code civil. »

Jamais censure n'a été plus justement appliquée; car jamais décision n'a été plus ouvertement contraire à la loi, que celle de la cour de Paris. Mais ainsi vont les choses : quand un engagement a été librement contracté, il ne s'agit pas, pour certains esprits, de rechercher si la loi le réprouve, si elle le déclare illicite et nul, et en défend l'exécution; dès qu'il y a engage-

(1) Ordonn. de 1331, 1342, 1462, 1467, 1555, 1595, 1673; édit de Charles-Quint de 1541.

(2) Bulle de Sixte V, 25 oct. 1586.

ment, il y a tout au moins une obligation de conscience; et l'équité du magistrat, équité trompeuse, arbitraire, ennemie de toute justice, s'agite et s'ingénie pour en assurer le payement; elle foule aux pieds la loi, elle la dénature, elle l'altère, ou la nie; heureux encore quand, pour échapper à la censure, elle ne va pas jusqu'à plier les faits eux-mêmes à la solution qu'elle embrasse. Le magistrat peut-il donc oublier que son premier devoir est de respecter et d'appliquer la loi; que jamais il n'est permis de substituer à ses commandements des scrupules personnels? Il n'y a que danger à vouloir se montrer plus moral, plus sage, plus équitable que la loi.

114. Ce ne serait pas tirer une conséquence logique de la doctrine que nous exposons, que de réputer nulle toute stipulation dont le résultat serait de liquider, avant le terme fixé pour la durée de la société, la position d'une des parties.

Comme l'enseigne Pothier, si après la formation du contrat, quand il est en cours d'exécution, et en temps non suspect, un des associés cède à l'autre ses droits moyennant une somme déterminée, qu'elle soit égale ou supérieure au capital qu'il a versé, il n'importe, la convention est parfaitement valable.

115. Il en est de même dans les deux cas suivants: 1° Si l'un des associés garantit à l'autre le remboursement de sa mise, à condition qu'une part des profits à venir lui soit abandonnée.

116. 2° Si l'un vend à l'autre, à forfait, toute la somme de bénéfices que le contrat lui assure.

117. Duvergier conteste quelques-unes de ces propositions, mais il se trompe assurément, car dans les trois cas qui précèdent, le principe de la convention de société ne reçoit aucune atteinte. Dès qu'il est constant que le contrat est sincère, et que les parties intéressées n'ont pas songé à se soustraire aux conséquences qui en découlent; que leur condition a été également fixée, puisque appelées indistinctement au partage des bénéfices, elles étaient de même assujetties à supporter les pertes, quelle raison de droit ou d'équité peut empêcher que par des conventions nouvelles, les associés ne modifient la position qu'ils s'étaient faite respectivement? Pourquoi, par exemple, l'un d'eux ne pourrait-il chercher dans une dissolution anticipée, la fin de ses inquiétudes, en échangeant contre une somme actuelle, ses droits sur le fonds social et ses espérances de profits? Pourquoi, préférant à des résultats incertains la garantie de son apport, ou sacrifiant à un avantage immédiat l'avenir, l'inconnu, un autre ne pourrait-il pas légalement disposer des chances que la société lui confère?

Ce que la loi défend, parce que de telles conventions attaquent la société dans son principe, c'est qu'un des associés stipule à son profit des avantages dont les autres associés n'obtiennent pas la compensation; c'est que sans courir le moindre danger il recueille les fruits du travail commun; c'est qu'il n'y ait pour lui que des chances favorables là où ses coassociés peuvent trouver leur ruine.

Mais en quoi le principe est-il violé quand, après des stipulations régulières, sérieuses, en tout conformes à la loi, l'un des associés, spéculant sur ses espérances, en fait la matière d'une cession; quand un autre, à prix d'argent ou sous des chances dont il est seul juge, accepte plus de dangers que la convention primitive ne lui en imposait? Le titre d'associé n'exclut pas les conventions aléatoires (**Add.** Troplong, n°s 653, 658).

118. S'il est de l'essence de la société que chaque associé ait une part dans les bénéfices et supporte une partie des pertes, il n'est pas nécessaire à la validité de la convention que les positions soient égales. L'un ou l'autre des associés peut, valablement, être doté d'avantages disproportionnés en apparence avec son apport ou l'utilité de son concours. Sauf le cas où des liens de successibilité existent entre les parties contractantes (art. 854 du code civil), les associés ont le droit de répartir entre eux les bénéfices et les pertes comme ils le jugent convenable; et les stipulations, si elles sont sincères, ne peuvent jamais être attaquées.

L'inégalité, lorsque les parties la stipulent, tient à la diversité des mises, des aptitudes, et des services qu'on espère. L'un apporte des capitaux, l'autre, son industrie seulement; celui-ci, de l'argent et de l'industrie tout à la fois; celui-là, sa clientèle, son nom, des marchandises. Tel est au début des affaires, et ne peut promettre que du zèle; tel autre, qui les a longtemps pratiquées, semble devoir procurer, par son expérience, plus d'avantages à la société que ses coassociés réunis. Toutes ces différences de position peuvent être appréciées; il est juste de tenir compte de l'intelligence non moins que de l'importance matérielle des mises; et, comme l'arbitraire est inévitable dans ces évaluations dont l'espérance est la base, une grande latitude doit être laissée aux contractants.

On peut stipuler que, malgré l'apparente égalité des apports, les bénéfices seront répartis entre les associés dans des proportions inégales;

Que la part à supporter dans les pertes ne sera pas la même que la part à prendre dans les gains;

Que chaque année, l'un des associés prélèvera sur les profits une certaine somme;

Qu'un autre, avenant la dissolution, retirera du fonds social, avant partage, une partie d'effets mobiliers, ou des marchandises;

Que l'associé, dont l'industrie forme la mise, sera dispensé de contribuer au payement des dettes, quand elles dépasseront le capital social (**Add.** Troplong, n° 648).

119. On peut même attribuer au survivant tous les bénéfices, si l'associé qui meurt le premier ne laisse pas d'héritier à réserve.

Cette solution admise sous l'ancien droit par Despeisses et Rousseau-Lacombe, sous le nouveau droit par Delvincourt, est repoussée par Duvergier, comme violant la règle qui prescrit le partage des gains entre les associés. Nous ne croyons pas cette critique fondée. Toute stipulation dont l'effet est d'assurer à l'un des associés la totalité des bénéfices, est annulée par la loi. C'est la conséquence du principe, fondamental en cette matière, que la société doit être contractée pour l'utilité commune des associés. « Il est contre la nature, disait Treilhard au corps législatif, qu'une société de plusieurs, de quelque espèce qu'on la suppose, se forme pour l'intérêt particulier, pour le seul intérêt d'une des parties... il n'y a pas de consentement valable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit, et dont l'intérêt commun des parties ne serait pas la base. »... Ainsi, ce que la loi défend, c'est la convention qui, faisant aux associés une condition entièrement différente, condamne l'un d'eux à consacrer son intelligence, son temps, ses capitaux, à des affaires dont il ne peut espérer de profit; c'est qu'il puisse perdre et jamais gagner. Mais où trouver ces inconvénients dans une stipulation qui, plaçant sur la même ligne les deux parties, leur assure les mêmes avantages, les appelle aux mêmes chances, en laissant à l'avenir le soin de prononcer entre elles? Toutes choses, en ce cas, sont égales; chacun travaille pour soi; la décision du sort n'empêche pas que l'utilité commune des associés ne soit la base du contrat.

Une disposition du code civil autorise les époux à

stipuler que les bénéfices de communauté appartiendront exclusivement au survivant; cette clause ne constitue pas un avantage sujet à réduction; la loi la qualifie de convention entre associés. Pourquoi ce qui est permis entre époux, ne le serait-il pas entre étrangers? La raison de différence serait-elle dans la nature des rapports qui lient la femme et le mari? Mais ce n'est là qu'une considération. Le motif vrai de la loi, c'est que les deux parties contribuent également au résultat, et qu'elles sont appelées également à profiter de la survie; la position des associés est la même. Il y a aussi collaboration et égalité de chances: pourquoi la solution différerait-elle?

Du reste, quand les stipulations qui s'appliquent à la répartition des profits et des pertes ont été librement et volontairement contractées, la lésion qui peut en résulter, ne donne pas aux parties le droit de les modifier, lorsque l'événement a prouvé que l'attribution des bénéfices est sans cause; la seule ressource, c'est la dissolution. Les dispositions constitutives d'un contrat ne peuvent subir aucun changement contre le gré d'une des parties (**Add.** Troplong, nº 646).

120. Mais que faut-il décider dans le cas où, contrairement au vœu de la loi, la stipulation attribue tous les gains à l'un des associés, ou bien affranchit son apport de toute contribution aux pertes? Est-ce la nullité du contrat qu'il faut prononcer, nullité absolue, rétroactive, faisant disparaître la société; ou faut-il se borner à rejeter les clauses illégales, et appliquer aux rapports établis entre les parties, les règles tracées par la loi pour le cas où la distribution des bénéfices et des pertes n'a pas été faite par le contrat?

La question est grave: d'une part, en effet, on peut dire: Quelles qu'aient été les stipulations des parties, il y a eu entre elles communauté d'intérêts et d'affaires; et du moment où les clauses réputées illicites sont effacées, le vice du contrat disparaît. S'il n'y a pas de justice à priver l'un des associés de tous les gains, ou à le charger de toutes les pertes, il n'y en a pas davantage, parce qu'il s'est soumis à des conditions qui ne lient pas sa volonté, à lui attribuer exclusivement les résultats obtenus par la société, quand ces résultats ne sont pas entièrement son ouvrage, quand ils ont eu pour cause l'exploitation de capitaux dont il n'a fourni qu'une partie, ou le concours d'une industrie dont les efforts mêlés aux siens ont déterminé le succès. Il en doit être de ce cas comme de celui où la société est déclarée nulle pour vices de forme; le passé doit être maintenu; et en rétablissant, par l'application des règles qui suppléent au silence ou à l'omission des parties, l'égalité blessée par l'acte primitif, on donne satisfaction à tous les intérêts.

Mais les objections s'élèvent en foule. Ce cas, peut-on dire, n'a rien de commun avec celui où la société commerciale est déclarée nulle pour inobservation des formalités destinées à donner la publicité légale au contrat. Si la jurisprudence a décidé que cette nullité dont les contractants peuvent, au gré de leur intérêt ou de leur caprice, réclamer l'application à tout moment, n'affecte que l'avenir, et que le passé doit être liquidé comme si la convention eût été régulière; c'est que l'omission des formalités ne détruit pas l'existence d'une communauté d'affaires, créée par la volonté des parties; c'est que le seul but des actes est de faire preuve des conventions, et que lorsqu'un acte, même incomplet, même nul, explique et justifie les relations des contractants, il est conforme à la loi, ennemie de la mauvaise foi; que ces relations produisent, pour le passé, tous les résultats qu'elles comportent. Dans le cas, au contraire, où l'acte de société contient des stipulations illicites, ce n'est plus l'acte, l'instrument, la preuve, mais la convention même qui est frappée de nullité. Selon l'expression de Treilhard, *la loi ne peut voir de consentement valable dans un contrat de société dont un seul recueillerait tout le profit*; et il ne suffit pas dès lors de ramener à l'équité ce qui s'en écarte, et de contraindre l'associé qui s'est fait la part du lion à renoncer à d'illégitimes avantages; le contrat, œuvre de la violence, doit être anéanti pour le passé comme il l'est pour l'avenir, et l'associé, par une peine justement infligée à sa cupidité, ne doit recueillir aucune partie des bénéfices qu'il s'était réservés en totalité.

Quelle que soit la force de ces raisons, nous préférons la première opinion: elle est plus conforme au texte de la loi; la solution contraire dépasse les nécessités de la justice. Qu'on lise avec attention l'article 1855 du code civil! Ce qu'il déclare nul, c'est:

1° La convention qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices;

2° La stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes la mise d'un associé.

La nullité ne s'étend pas virtuellement à la société même, à la communauté d'intérêt; et en effet, la loi ne peut pas faire que des rapports n'aient existé dans le passé, et que, par leur nature particulière, ces rapports n'aient créé certains droits aux parties. Le but de la société est de produire des bénéfices qui accroissent, en se partageant, la fortune personnelle de chacun des associés. Or, ce but n'est-il pas atteint, quand la stipulation qui place un des associés dans une position exceptionnelle est annulée; quand le partage des profits a lieu dans la proportion des apports, et que toutes les mises sans distinction contribuent au payement des dettes? L'associé auquel on a imposé des conditions illégitimes, a-t-il autre chose à demander que la nullité de ces conditions? Ne lui suffit-il pas de tirer du contrat les avantages qu'il aurait stipulés, s'il n'eût pas cédé à la force? L'application extrême de la loi ne ferait que déplacer l'injustice, en donnant à l'associé lésé par la stipulation, un moyen de s'enrichir au détriment de son associé; elle ne doit pas être suivie (**Add.** Troplong, nº 662).

121. Si les parties ne peuvent s'entendre sur la répartition des profits et des pertes, elles peuvent confier à un tiers le soin de la régler. Le règlement ne peut être attaqué s'il n'est évidemment contraire à l'équité; et après trois mois écoulés depuis que la partie lésée en a eu connaissance, ou s'il a reçu de sa part un commencement d'exécution, l'annulation en serait vainement demandée. Comment comprendre la légitimité d'une plainte qui se tait pendant trois mois; et surtout l'exécution d'engagements qu'on a intérêt à briser? L'inaction dans un cas, l'exécution dans l'autre, forment en faveur du règlement une présomption d'équité (art. 1854 du code civil).

122. La stipulation qui remet à un tiers la fixation des parts est une condition suspensive. Si ce tiers ne peut ou ne veut accomplir le mandat qui lui a été conféré, la société est nulle; elle est nulle aussi, si deux personnes ont été désignées, et qu'une d'entre elles ou refuse, ou meure, ou soit frappée d'incapacité légale, avant d'avoir rempli sa mission; elle est nulle encore, s'il s'élève un dissentiment entre les personnes choisies, et qu'elles n'aient pas reçu l'autorisation d'appeler un tiers pour prononcer (**Add.** Troplong, nos 623, 623 3°).

Si l'acte de société ne contient aucune fixation des parts, et qu'un tiers n'ait pas été chargé de combler cette lacune, la part de chacun des associés dans les bénéfices ou les pertes est en proportion de sa mise dans le fonds de la société.

123. Sous l'ancien droit, la mise d'industrie avait donné lieu à deux difficultés: la première, relative à

son évaluation dans le fonds capital; la seconde, à la question de savoir si l'associé industriel était virtuellement obligé d'indemniser les associés quand leur apport était perdu. Le code civil a terminé la controverse, en décidant (art. 1853) que la part de cet associé, dans les bénéfices ou dans les pertes, était réglée comme si sa mise eût été égale à celle de l'associé qui a le moins apporté (**Add.** Troplong, no 617).

124. On peut, comme nous l'avons dit précédemment, stipuler que l'associé dont l'industrie a été la seule mise ne contribuera en rien au payement des dettes, quand elles excéderont le fonds social. L'homme qui n'a d'autre fortune que son industrie, perd assez, quand il a consumé dans un labeur stérile plusieurs années de sa vie, pour qu'on puisse l'exempter d'une charge dont le poids l'accablerait, en lui enlevant jusqu'au moyen de travailler. Mais à défaut de convention, il a le même sort, les mêmes obligations, les mêmes droits que tous les autres associés; il recueille les gains et contribue aux pertes dans la proportion de sa mise (**Add.** Troplong, nos 648 et 647).

125. Il est d'usage, dans les sociétés commerciales, que les bénéfices constatés par les inventaires se répartissent chaque année entre les associés. Mais ces allocations sont purement provisoires. Les bénéfices ne se règlent pas sur chaque opération en particulier, ni sur les opérations faites pendant un certain temps, mais sur le résultat général et définitif des affaires, dettes et pertes déduites. Quand la société cesse, on compare la valeur du fonds social, à ce moment, avec celle qu'il avait à l'époque où le contrat s'est formé. La différence en plus constitue le profit; la différence en moins est la perte. Alors les positions individuelles se règlent et se fixent; chacun fait compte des sommes qu'il a reçues, et la balance générale détermine ce qu'il doit rapporter, garder ou recevoir encore. Ce qui est remis aux parties, quand la société dure et que ses destinées sont livrées aux chances du commerce, n'est pour ainsi dire qu'un dépôt. *Lucrum non particulariter æstimatur, sed in summâ summarum, hoc est, id demùm pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis, superest, quemadmodum ex contrario, damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro* (Vinnius, *ad Instit.*, lib. III, tit. XXVI, § 2).

Quand un des associés a le droit de prendre dans les bénéfices une part plus considérable que celle qu'il supporte dans les pertes, il est d'un intérêt immense pour les autres associés que cette règle soit suivie, c'est-à-dire que les opérations de la société soient appréciées dans leur ensemble, et le profit calculé sur leur résultat général; car à l'aide de ce moyen, une compensation s'établit entre les bonnes et les mauvaises affaires, tandis qu'en liquidant chaque opération isolément, l'une des parties ayant plus à retirer des chances favorables qu'à souffrir des chances contraires, la condition des autres associés serait encore aggravée par ce mode de procéder (**Add.** Troplong, no 622).

CHAPITRE IV.

DE L'ADMINISTRATION DE LA SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

151. Le gérant, institué par l'acte de société même, peut, nonobstant l'opposition des autres associés, faire tous les actes de gestion.

152. S'il fait des avances, elles lui sont remboursées avec intérêt du jour où elles ont été faites.

153. La société est tenue des engagements qu'il contracte, quel qu'ait été le résultat des opérations entreprises.

154. Elle est tenue aussi de réparer tous les dommages que souffre le gérant, quand ils sont une suite immédiate et directe de la gestion.

155. L'indemnité à laquelle le gérant a droit, constitue une dette sociale.

156. Résumé des avantages attachés à la qualité de gérant.

157. Le gérant doit se montrer intelligent, actif et désintéressé.

158. Il doit l'intérêt des fonds laissés sans emploi dans la caisse. Arrêt conforme de la cour de cassation.

159. Si l'application faite par le gérant des fonds sociaux à ses affaires personnelles est une cause de préjudice pour la société, le gérant en doit la réparation; elle ne se borne pas à une prestation d'intérêts.

160. Le gérant répond de son dol et de ses fautes. Différence du droit ancien et du droit nouveau relatif à la prestation des fautes.

161. Il ne faut pas confondre la faute et le mauvais succès.

162. Exemples de fautes dont la réparation incombe au gérant.

163. Toute action ou toute omission préjudiciable entraîne l'application de la loi.

164. C'est aux tribunaux de proportionner la réparation au dommage.

165. Le gérant ne peut compenser l'indemnité qu'il doit avec les profits qu'il a procurés à la société dans d'autres affaires.

166. Lorsque le gérant est créancier d'un débiteur de la société, si les dettes sont de même nature et exigibles, toute somme payée s'impute proportionnellement sur l'une et l'autre dette.

167. Mais si l'une seulement est échue, le payement s'y applique en entier.

168. Il s'applique également, en cas d'exigibilité de l'une et de l'autre, quand elles diffèrent de nature et d'effets, à la plus onéreuse. On suit, à défaut de déclaration du débiteur, la règle des imputations telle qu'elle est exprimée dans les articles 1253 et suivants du code civil.

169. L'art. 1848 du code civil embrasse le cas où la créance personnelle de l'associé s'éteint par voie de compensation. Dissentiment avec Duvergier.

170. L'article 1848 comprend tous les membres de la société, gérants ou non.

171. Lorsqu'un des associés reçoit sa part entière d'une créance commune, il doit, en cas d'insolvabilité du débiteur, rapporter à la masse tout ce qu'il a reçu; cette disposition atteint également tous les associés, gérants ou non.

172. Le gérant doit rendre compte de sa gestion non-seulement à la fin de la société, mais pendant son cours.

173. Le gérant institué par l'acte de société ne peut être privé de la gestion sans cause légitime.

174. Quand la qualité de gérant résulte de délibérations postérieures au contrat, c'est un simple mandat révocable au gré des associés.

175. Dans le premier cas, c'est-à-dire quand le gérant institué par le contrat est privé de ses fonctions ou les abandonne, la société prend fin, à moins qu'une stipulation ne permette aux associés de nommer un nouveau gérant.

176. La nature de la société peut s'opposer à cette substitution d'un gérant à l'autre. Exemple tiré de la société en commandite. Dissentiment avec Duvergier.

177. On peut nommer plusieurs gérants.

178. Règles applicables à ce cas.

179. S'il a été stipulé que les gérants n'agiraient pas séparément, le refus d'un seul est un obstacle insurmontable aux opérations qu'il juge contraires à l'intérêt commun. La majorité ne suffit pas : il faut l'unanimité des voix.

180. Si l'un des gérants est destitué ou se retire, on doit suivre les règles exposées nos 175 et 176.

181. Leur application est indépendante de la nature des attributions confiées au gérant qui se retire. Dissentiment avec Duvergier.

182. De quelque manière que soit organisée la gestion, les associés qui en ont été exclus ne peuvent y prendre part sous aucun prétexte.

183. L'associé non gérant pourrait toutefois faire utilement un acte conservatoire.

COMMENTAIRE.

126. Lorsque la société est constituée, la principale obligation des parties est d'appliquer leur intelligence, leur industrie, leurs efforts à féconder la chose sociale. Mais comment espérer d'utiles résultats, si chaque associé peut agir à sa guise, et suivre son caprice? Sans unité de vues et d'action, il n'y a pas de succès possible. L'objet de l'administration est de régler la participation de chacun à la gestion, et d'empêcher, par la fixité des attributions, que des tiraillements et des luttes sans cesse renouvelés n'apportent à la prospérité commune un invincible obstacle.

127. Trois cas peuvent se présenter :

Ou le contrat est muet sur le mode d'administration, et son silence n'a pas été suppléé par des délibérations postérieures ;

Ou le contrat, en désignant l'administrateur, a déterminé ses fonctions et ses droits avec précision ;

Ou enfin, le contrat se borne à la désignation de l'administrateur, sans énonciation de ses attributions.

La position des associés est différente dans chacune de ces hypothèses ; nous en ferons la matière de trois paragraphes distincts.

§ 1.

128. Lorsqu'il n'a pas été fait de stipulation spéciale sur le mode d'administration, les associés sont censés s'être donné réciproquement le pouvoir d'administrer l'un pour l'autre. Ce que chacun fait est valable, même pour la part de ses associés, sans qu'il ait pris leur consentement (art. 1859 du code civil) (**Add.** Troplong, no 710).

129. Cependant l'inexpérience, l'entêtement et une trop grande ardeur de gain peuvent, dans les cas où la gestion est ainsi conférée à chaque associé, entraîner de graves inconvénients. La loi y a pourvu ; la restriction est à côté du droit. L'art. 1859 du code civil permet aux associés d'arrêter, par une opposition, la consommation des marchés qui seraient contraires à l'intérêt de la société. Un seul même peut user de ce droit, et l'opération demeure suspendue, jusqu'à ce que la majorité consultée en ait autrement décidé.

Quelques auteurs ont douté que ce pouvoir appartînt à la majorité.

130. Mais comment admettre, à moins de con-

damner la société à la plus précaire existence, que la volonté de tous s'effacera devant la volonté d'un seul; que les opérations les plus avantageuses en apparence, seront empêchées par une opposition inintelligente, absurde, calculée peut-être; et que, si l'un des associés persévère dans sa résistance, il ne restera qu'à briser les rapports formés avec lui? C'est dans l'intérêt de la société que les parties se donnent mutuellement pouvoir d'agir et d'empêcher; c'est à la société dès lors d'en apprécier l'usage. Il ne résulte pas, de cela seul qu'une opposition est formée, que l'opération soit dangereuse pour la société. L'opposant a pu se tromper; il a pu céder à de vaines frayeurs. L'intérêt personnel s'alarme aussi facilement qu'il s'exalte; c'est donc à la majorité d'examiner et de prononcer. Il n'est pas présumable que la majorité s'arrête au parti le plus périlleux.

Quand plusieurs administrateurs ont été désignés expressément et à la condition de ne rien faire séparement, ils ne peuvent, sans être unanimes, obliger l'être collectif. Comme on suppose que le choix a eu pour objet et pour résultat de réunir et de combiner les aptitudes les plus appropriées à l'utilité générale, il s'élève une présomption défavorable contre le projet qui n'obtient pas tous les suffrages. L'unanimité est la garantie des associés qui ne gèrent pas. Mais quand le contrat appelle indistinctement et sans condition tous les associés à gérer, le droit commun reprend sa force: la majorité fait la loi. Alors, comme il faut marcher ou périr, la majorité s'impose aux volontés individuelles et les domine; elle apaise les dissentiments qui s'élèvent. Les oppositions émanées d'un associé n'ont qu'un caractère provisoire. La majorité les confirme ou les détruit. Et pourquoi en serait-il autrement? Pourquoi l'associé qui veut agir serait-il obligé de se soumettre à celui qui veut empêcher, et de renoncer à l'opération dont il a calculé les chances avec réflexion et prudence, quand il en espère, et avec lui tous les associés moins l'opposant, d'utiles résultats? La conséquence du système contraire, c'est l'anarchie. Aujourd'hui celui-ci s'oppose, demain celui-là, mais pour se venger; et, au lieu du concours sans lequel la prospérité commune est impossible, il n'y aura plus qu'un antagonisme mesquin, tracassier, hargneux, des luttes, des froissements, c'est-à-dire une cause incessante de dissolution et de ruine.

Le pouvoir, conféré à la majorité, d'apprécier les oppositions, de les admettre ou de les rejeter, selon les cas, prévient tous ces dangers. Il n'y a pas de honte à s'humilier devant la majorité. Autant on s'irrite contre les actes des individus, parce qu'on les attribue volontiers à l'ignorance, à l'humeur, à quelque autre motif du même genre, autant on est généralement disposé à subir l'opinion du grand nombre; dans les choses qui touchent exclusivement à l'intérêt personnel, il y a présomption pour la majorité (**Add.** Troplong, n° 716-721).

131. Il est constant d'ailleurs que le pouvoir de la majorité se restreint à l'appréciation des actes et des faits relatifs à l'exploitation des affaires sociales. La majorité ne peut, à moins de stipulations contraires, modifier les conventions sociales. Le contrat est comme l'arche sainte sur laquelle on ne peut pas porter la main. Quelle ressource resterait-il à la minorité, si une majorité passionnée, frauduleuse peut-être, pouvait, en bouleversant les statuts sur la foi desquels la société a été contractée, y substituer des combinaisons de nature à compromettre et le présent et l'avenir des parties contractantes? (**Add.** Troplong, n° 722.)

132. Un arrêt de la cour de cassation du 10 mars 1841 (Dalloz, XLI, 1, 173) a consacré solennellement ces principes:

« Attendu qu'il est reconnu que la délibération du 6 décembre 1837, lors de laquelle la majorité des actionnaires comparut, fut prise en l'absence et sans la participation des dames Michaud, et qu'ainsi on ne peut la leur imposer comme une loi;

« Attendu que cette délibération, imposée par l'arrêt attaqué aux dames Michaud, *n'est pas une mesure de simple administration pour laquelle, dans toute société, la majorité des suffrages suffit*; mais qu'elle change les droits des parties, en ce qu'elle modifie leurs rapports et leur impose des peines, en disposant, en cas d'infraction, de leur propriété, dans une forme et pour un prix qu'elle fixe arbitrairement; qu'en effet, l'art. 8 de cette délibération autorise les syndics, faute par un des intéressés de payer son contingent des dettes dans la quinzaine de la signification, à retenir, au profit de la masse, sa part des produits, au prix de soixante centimes l'hectolitre de charbon; qu'ainsi l'associé retardataire se trouvait par là dépossédé de sa propriété sans son consentement et sans aucune des formalités prescrites par la loi; d'où il suit que l'arrêt attaqué, en ordonnant, à l'égard des dames Michaud, l'exécution de la délibération du 6 décembre 1837, a expressément violé la loi. »

133. Duvergier s'étonne et s'afflige que le code civil n'ait pas réglé, par des dispositions précises, l'administration des sociétés, pour le cas où les parties elles-mêmes ont omis de prendre ce soin. L'égalité de pouvoir entre les associés le blesse; il y trouve un principe d'hésitation, de mobilité, de discorde... c'est à ses yeux un symbole d'anarchie.

C'est exagérer les inconvénients qui naissent de la loi. Sans doute si l'égale distribution de pouvoir entre les associés avait été considérée comme une de ces règles dont les conventions particulières ne peuvent, en aucun cas, modifier l'application, il serait permis de dire que la loi a manqué de prévoyance et livré les associés à des chances de lutte et de désordre.

Mais la loi n'a rien dit de pareil: elle autorise, elle invite les associés à se donner tel gouvernement qu'ils jugeront convenable; et ce qu'ils décident à cet égard, elle le déclare obligatoire.

Est-ce donc la loi qu'il faut accuser, si, par un sentiment de mutuelle défiance, ou parce que le concours actif de toutes les intelligences semble nécessaire à la réalisation du contrat, les associés préfèrent la gestion collective à la gestion d'un seul? Est-ce à elle qu'il faut imputer les tiraillements, les discussions, les ruptures violentes qui peuvent survenir?

La loi, dit-on, aurait dû prévoir et empêcher ce mal; mais comment l'aurait-elle pu faire? En décidant que la gestion appartiendrait aux plus intéressés? La grosseur de la mise n'est pas toujours en proportion de l'intelligence et de la capacité de l'associé.

Que l'âge obtiendrait la préférence? L'âge n'est qu'une présomption, et les faits assez souvent se chargent de la démentir.

Que le plus habile aurait le pouvoir; mais comment décider ce point *à priori?*

La loi ne peut que poser des principes, tout ce qui tient à la considération des personnes est hors de son domaine. C'est aux contractants de le régler (**Add.** Troplong, n° 711).

134. Quant à la manière de compter les suffrages pour former la majorité, Pardessus estime que dans les sociétés commerciales, chaque associé doit avoir une voix égale, et il a raison. La solidarité imposant à chacun le poids entier des engagements contractés par la société, il est juste que chacun apporte la même

influence dans les délibérations qui obligent indéfiniment sa personne et ses biens.

La même règle s'applique aux sociétés civiles. L'article 1863 du code civil dispose que les associés, quelles que soient les stipulations faites entre eux pour la répartition des profits et des pertes, sont tenus chacun pour une somme égale, envers les créanciers : l'égalité des voix doit être la conséquence de cette position.

Avec le système contraire on arriverait à ce résultat, que, si l'un des intéressés avait une mise supérieure à la mise agglomérée des autres associés, il serait, en réalité, le maître de la société; qu'en s'opposant capricieusement aux mesures que chacun individuellement aurait prises, il absorberait la gestion; qu'en toutes choses et toujours, sa volonté l'emporterait. La seule ressource contre ce danger est l'égalité des voix (**Add.** Troplong, n° 722).

135. S'il se produit plus de deux opinions dans la délibération, et que les voix se fractionnent de manière à ce qu'aucune n'ait l'avantage sur les autres, il n'appartient qu'aux tribunaux de régler le différend. Triste et fâcheux remède, surtout dans les affaires commerciales où le moindre retardement suffit pour diminuer, pour détruire souvent les chances les plus favorables!

Nous dirons en terminant sur ce point, qu'il est rare, dans les sociétés de quelque importance, que la gestion ne soit pas réglée, ou par l'acte même de société, ou par des stipulations qui le complètent. Quand il s'agit d'un négoce restreint, et dont les opérations constamment uniformes se succèdent avec une régularité presque mathématique, la gestion collective n'a pas de dangers. Là où tout est prévu d'avance, il n'y a pas de lutte à craindre. Mais dans les spéculations dont le succès réclame une intelligence élevée, une marche persévérante et ferme, un ensemble de vues et de travaux qui ne se démentent pas, l'institution d'un gérant est indispensable. On ne peut pas, sans imprudence, livrer les destinées d'une grande entreprise aux hasards de volontés qu'une circonstance inopinée, quelquefois même un sentiment d'amour-propre, modifient et changent complétement. L'unité d'action est indispensable au succès des grandes choses (**Add.** Troplong, n° 723).

§ 2.

136. Lorsque les associés, en nommant un administrateur, ont circonscrit ses attributions, et stipulé qu'il ne pourrait rien faire en dehors des prévisions de l'acte, il doit l'accomplir à la lettre; et, s'il survient une circonstance non prévue, remonter à la source de ses pouvoirs pour y puiser le droit d'agir. Il ne peut, de lui-même, franchir les limites qui lui sont imposées.

Une pareille stipulation est rare, car elle n'est pas compatible avec les sociétés commerciales surtout, où l'imprévu joue toujours un grand rôle. Elle est légale pourtant, et quand les parties sont allées au delà des précautions accoutumées, on ne peut refuser d'appliquer la loi qu'elles se sont faite (**Add.** Troplong, n°ˢ 665 et 668).

§ 3.

137. Si l'acte de société se borne à désigner l'administrateur, ses pouvoirs se règlent par la nature même de la société, par son objet et par son but. L'administrateur a le droit de faire tous les actes qui tendent à développer le principe social; et de tirer de son mandat toutes conséquences dont la prévision a pu entrer dans la pensée des parties.

Ainsi, une société s'est-elle organisée pour la location de certains immeubles; tout ce qui se rattache à la location, la rédaction des baux, la perception des loyers, la réparation des lieux, les poursuites contre les locataires qui ne payent pas, tout ce que fait, en un mot, un père de famille diligent, est au pouvoir de l'administrateur. Il n'a besoin, pour aucun de ces actes, de consulter ses associés : il trouve dans son mandat non le droit seulement, mais l'obligation de les faire.

La société a-t-elle pour objet un commerce de draps, de vins, de soieries, l'administrateur peut acheter et vendre toutes les marchandises que réclament les operations de ce commerce; il peut, quand il achète, souscrire des engagements au nom de la société; quand il vend, toucher le montant des ventes, donner quittance, poursuivre les débiteurs en retard, faire des actes conservatoires, plaider même au nom de la société, si elle est commerciale.

C'est qu'en effet tous les actes que nous venons d'énumérer réalisent la convention sociale : un commerce quelconque ne peut exister sans une succession d'achats et ventes, d'engagements, de sommes payées ou reçues; l'administrateur, en se livrant à ces actes, ne fait qu'accomplir son mandat (**Add.** Troplong, n°ˢ 681 et suiv.).

138. Mais, par cela même, tout ce qui ne tend pas au but de la société lui est interdit. Ainsi l'administrateur ne peut donner, ni faire remise des dettes contractées envers la société; ou ne s'associe pas pour donner, et les associés seraient fondés à réclamer la restitution des choses données, ou le montant de la dette remise : l'administrateur, simple mandataire, ne peut disposer des objets confiés à sa garde (**Add.** Troplong, n° 689).

139. Inutile de dire qu'il ne s'agit nullement des remises faites au débiteur failli par voie de concordat, car il y a dans ce cas nécessité, non volonté; il ne s'agit pas non plus des gratifications données aux commis, ou des sommes consacrées à soulager la misère du pauvre; l'usage justifie cet emploi de fonds (**Add.** Troplong, n° 689).

140. L'administrateur ne peut, sans autorisation expresse, emprunter (**Add.** Troplong, n° 684).

141. Il ne peut davantage vendre la maison où se fait le commerce de la société, les magasins destinés à recevoir les marchandises, les immeubles par destination; ce ne serait pas gérer la société que d'agir ainsi, mais, en lui enlevant le moyen de continuer ses opérations, la frapper de néant : que peut une société privée de ses établissements?

Les tiers qui ont acheté de tels objets ne peuvent se plaindre quand les associés les viennent arracher de leurs mains; ils ont accepté ce danger en ne vérifiant pas les pouvoirs de celui avec lequel ils ont traité. Comment ignorer que le mandataire est sans capacité pour aliéner ce qu'il gère? (**Add.** Troplong, n° 682.)

142. Il ne faut pas cependant que la foi des tiers soit trompée. Celui qui achète de l'administrateur d'une société la maison ou les magasins servant au commerce de cette société, est sans excuse; rien ne peut justifier un tel marché. De même si l'objet de la vente est une machine attachée à l'usine, fonctionnant au moment où la vente se fait, le tiers est averti, par la nature même et l'usage de la chose qu'il achète, de l'incertitude de sa possession. Il devient le complice de l'abus commis par l'administrateur, et la moindre peine de sa faute, est d'en perdre le fruit.

Mais quand l'immeuble, par destination, a été détaché de l'immeuble réel auquel il s'appliquait, et qu'il a repris aux yeux des tiers sa qualité originelle

d'objet mobilier, faudra-t-il appliquer sans distinction, et d'une manière inflexible, la même solution?

Tout dépendra des circonstances. Il arrive souvent que, pour réduire la production au niveau de la consommation, des machines sont démontées, et qu'ensuite on juge utile de les vendre parce qu'elles se détériorent dans l'inaction ; la vente, loin d'être un abus, est alors un acte de sage administration. Or, serait-il, en ce cas, équitable et juste aux associés d'en contester la validité ? La loi serait-elle violée si les tribunaux appelés à prononcer jugeaient en faveur de l'acheteur? Non, c'est un de ces cas livrés à l'appréciation souveraine du juge. Si l'administrateur ne peut rien faire au delà de son mandat, et si la validité de ses actes dépend de leur relation avec la fin de la société, il est cependant des circonstances où l'aliénation des objets même destinés à la mise en œuvre de la société peut être réputée valable. La règle n'est pas absolue (**Add.** Troplong, n° 682).

143. L'administrateur ne peut, sans le consentement des intéressés, faire des innovations sur les immeubles dépendant de la société, alors même qu'il les soutiendrait avantageuses à la société.

Il ne peut davantage modifier les objets mobiliers qui font partie du fonds social ; lui donner ce droit, ce serait l'autoriser à disposer en maître. Il peut cependant faire subir aux instruments qui servent à l'exploitation de la société, les transformations devenues nécessaires par les progrès de l'industrie. S'il ne faut pas céder trop légèrement au désir de faire des essais, et d'adopter les méthodes d'une utilité encore incertaine, il ne faut pas non plus repousser les procédés qui, diminuant les frais, perfectionnent la main-d'œuvre, et donnent aux produits plus d'éclat et de prix. L'administrateur doit agir avec prudence, marcher lentement, proportionner la dépense aux gains de la société, et ce qu'il fait dans ces limites est valable. L'administrateur qui, se bornant à exploiter ce qu'on a remis dans ses mains, resterait stationnaire quand tout marche autour de lui, n'accomplirait pas son mandat.

La même solution s'applique aux changements qui seraient apportés à l'immeuble dans la vue de l'approprier aux besoins et aux convenances de la société.

La loi n'interdit que la transformation capricieuse des choses sociales, et les innovations qui, ne créant point à la société d'avantages, n'ont d'autre résultat que d'employer inutilement son capital (**Add.** Troplong, n° 697).

144. Si cependant des travaux ont été faits, trois hypothèses peuvent se présenter : ou ils sont utiles, ou ils sont inutiles, ou ils sont nuisibles.

Dans le premier cas, et en supposant que le prix ne soit pas excessif, l'administrateur a le droit de réclamer la plus value. Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui ; et comme la société ne rend que ce qu'elle gagne, elle ne souffre pas de dommage.

Dans le second cas, les choses doivent être remises en leur état originaire, si les associés l'exigent ; mais l'administrateur est autorisé à enlever tout ce qui peut sans dégradation se détacher de l'immeuble. Le rétablissement de la chose sociale en son ancien état donne aux intéressés toute satisfaction, et c'est une chose équitable que l'administrateur diminue, s'il se peut, et sans qu'il en résulte un préjudice pour la société, la perte qu'il encourt.

Dans le troisième cas, non-seulement il faut remettre les choses dans leur premier état, mais l'administrateur doit être condamné, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts, car il doit porter sans réserve la responsabilité de sa faute : les associés ne peuvent en rien souffrir de l'illégale extension de leur mandat.

145. Mais comme les règles du droit ne peuvent servir de prétexte à des tracasseries, les associés ne sont recevables à se plaindre, que si les travaux ont été faits à leur insu, ou malgré leur opposition. S'ils se sont exécutés sous leurs yeux et sans réclamation, la plainte leur est interdite, leur silence équivaut à l'approbation ; c'est une ratification tacite qui ajoute au pouvoir de l'administrateur ce qui lui manquait.

146. Ce que l'administrateur ne peut faire directement, il ne le peut faire indirectement. Ainsi, incapable d'aliéner les immeubles sociaux et d'emprunter, il ne peut constituer des hypothèques, car l'hypothèque conduit à une aliénation. Ce n'est pas que l'hypothèque ne puisse résulter des faits du gérant. Si ses engagements ne sont pas payés à l'échéance, le créancier peut agir en justice, obtenir des condamnations, et, en vertu des jugements qu'il a dans la main, grever de l'hypothèque qui s'y rattache tous les biens de la société. Mais c'est la conséquence d'actes autorisés ; et il ne faut pas en conclure que le gérant puisse directement conférer une garantie hypothécaire.

La question s'est élevée, de savoir si l'hypothèque consentie par le gérant d'une société en commandite pouvait être contestée, quand d'ailleurs l'engagement dont l'hypothèque formait la garantie était régulièrement contracté.

Pour la négative on a dit que dans les sociétés en commandite il n'y avait qu'un propriétaire pour le public, savoir, le gérant dans les mains duquel se concentrent les droits, les actions, les biens de la société ; que le gérant n'en est pas seulement la personnification, qu'il la résume et l'absorbe en lui ; qu'il peut conséquemment disposer à son gré du fonds capital, sauf aux commanditaires, s'il a fait de ses pouvoirs un abusif emploi, à réclamer des dommages-intérêts (**Add.** Troplong, n° 686).

147. La cour de cassation a, par plusieurs arrêts, consacré le système contraire.

Cette décision est conforme aux principes. Quelle que soit, en effet, dans les sociétés en commandite, la position extérieure du gérant, il n'est pas moins gérant, c'est-à-dire mandataire, agent de la société, incapable dès lors d'aliéner les immeubles sociaux, s'il n'en a reçu le pouvoir exprès ; et c'est précisément parce que le commanditaire est réduit en quelque sorte au rôle de spectateur, pour conserver sa qualité, qu'une protection plus efficace lui doit être accordée. La seule exception que pourraient invoquer les tiers qui ont accepté du gérant de la commandite une garantie hypothécaire, serait tirée de leur bonne foi. Mais il n'y a pas légalement de bonne foi sans une ignorance invincible des faits. Or, quelle ignorance alléguer, quand l'acte de société, régulièrement publié, avertissait les tiers des restrictions apportées aux pouvoirs du gérant ?

148. Une autre question plus grave est de savoir si le gérant de la société trouve, dans sa qualité seule, la faculté de transiger et de compromettre.

149. Pothier dit non ; Pardessus et après lui Duvergier adoptent l'opinion contraire. Ils en donnent les raisons suivantes :

« Que le commerce présente une foule de circonstances où il est utile de transiger, et que l'arbitrage était le moyen le plus raisonnable de terminer les différends, il est juste que le gérant y puisse recourir ;

« Qu'il est inexact d'assimiler le gérant et le man-

dataire, les pouvoirs du gérant pouvant s'étendre virtuellement, et sans clauses formelles, à des actes de propriétaire. »

150. Ces raisons sont-elles décisives? nous ne le croyons pas.

La loi déclare expressément que, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction; elle déclare aussi qu'on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition. Or, si, comme nous l'avons démontré, le gérant d'une société civile ou commerciale n'est en réalité qu'un mandataire, comment, sans en avoir reçu la faculté, pourrait-il abandonner une partie des créances dont le recouvrement est confié à ses soins, et, s'il s'engage en débat, remettre à des arbitres le droit de le juger, au lieu de s'adresser à l'autorité judiciaire?

Le gérant peut, il est vrai, tirer de sa qualité seule la faculté d'aliéner; mais il n'en faut pas conclure que son rôle cesse d'être celui d'un mandataire, car la faculté de faire des actes de disposition et de propriété ne contrarie pas essentiellement le principe du mandat. Il est constant en droit que le mandataire peut et doit faire tous les actes nécessaires à l'exécution de son mandat; il n'est pas besoin de les exprimer; la nature de l'affaire dont il est chargé devient la mesure de ses pouvoirs.

Lors donc qu'un gérant est institué pour administrer une société commerciale; la faculté de faire tout ce qui peut amener les résultats en vue desquels l'association s'est formée, est inhérente à son mandat. Il vend les marchandises, et s'il en achète de nouvelles, c'est pour les vendre encore; il engage le fonds social; rien ne gêne sa liberté. Mais pourquoi? parce que l'aliénation en ce cas est une nécessité de la gestion, parce qu'elle est dans les prévisions du contrat, et que, sans aliénation, l'exploitation de la société serait impossible. La loi ne considère pas le gérant comme propriétaire et maître des choses dont il dispose; il ne cesse pas d'être mandataire; mais le mandat s'élargit selon sa destination: c'est toujours l'application de la doctrine que tout acte nécessaire à l'accomplissement du mandat est permis au mandataire: qui veut la fin veut les moyens.

Or, comment conclure des actes que le mandataire doit nécessairement accomplir, sous peine de manquer à ses obligations, au droit de transiger et de compromettre? Est-ce que les pouvoirs s'étendent ainsi d'un cas à un autre? est-ce qu'il n'est pas de l'essence du mandat de se restreindre aux faits prévus expressément ou tacitement? Est-ce qu'enfin la transaction et le compromis sont des actes nécessaires d'une gestion commerciale?

On ajoute qu'il est souvent utile de transiger ou de compromettre. Rien de plus vrai assurément; mais en admettant qu'une telle considération puisse avoir quelque influence sur une question de capacité, quelle nécessité y a-t-il de laisser au gérant seul le droit de décider s'il convient de faire un sacrifice, ou de plaider; de suivre les voies ordinaires de la justice, ou de recourir à une juridiction qui n'offre pas de garanties? Pourquoi priver la société de la faculté d'apprécier les faits? Craint-on qu'elle ne repousse une proposition favorable à son intérêt? La chose est peu probable; l'utilité, dans le commerce, est la règle suprême; tout s'y plie, et les associés ne résisteront pas, à moins que la mesure proposée n'offre aucun avantage. Le mouvement des affaires commerciales, n'est pas non plus tellement rapide que le temps manque au gérant pour consulter les associés. Toute opération dont la fin exige soit une transaction, soit un compromis, est une affaire litigieuse et conséquemment suspendue. Un jour de plus ne saurait, en ce cas, être un danger; et quoi qu'on en dise, au surplus, le désir d'éviter les retards ne peut être une raison de confier au mandataire un droit qui répugne à son titre.

Qu'on y fasse attention! Ce n'est pas seulement à l'occasion de dettes actives ou passives que des dissentiments peuvent s'élever. Les immeubles de la société, si elle en possède, ses magasins, les machines même dont l'action féconde ses ateliers, peuvent devenir la matière d'un procès; et on veut que l'administrateur seul devienne l'arbitre des chances qui menacent la société; que seul il puisse transiger, et, dans son ignorance ou dans sa frayeur, abandonner les droits les plus précieux, ou, pour obtenir la paix, grever la société d'une dette considérable!

Non, il n'en peut être ainsi. C'est le droit des associés de connaître les actions qui menacent la propriété du fonds social, de les apprécier et de prendre parti: c'est le droit des associés, si un procès est imminent, de décider ce qui convient le mieux, ou d'en demander la solution aux tribunaux ordinaires, jugeant selon la loi, et d'après des formes qu'il n'est pas permis de violer, ou de s'en remettre à une juridiction dont le moindre inconvénient est le défaut de publicité. Le fonds social appartient à l'être collectif; à lui seul doit appartenir la faculté de transiger et de compromettre. Le système contraire ne tend à rien moins qu'à conférer à l'associé gérant le pouvoir de ruiner la société. La mauvaise foi ne se présume pas, il est vrai; la loi le dit, mais est-ce une chose invraisemblable, impossible qu'un concert frauduleux entre le gérant et un tiers pour dépouiller la société? Et, en supposant la fraude reconnue, la transaction annulée, n'est-ce rien que la nécessité, les frais et les incertitudes d'une action judiciaire pour ressaisir ce qu'on a voulu détourner? Il faut le répéter avec la loi: Pour transiger et compromettre, il faut avoir la libre disposition des choses litigieuses. L'administrateur d'une société, quelle qu'en soit la nature civile ou commerciale, n'est en réalité qu'un mandataire. Agent de la société, il n'a pas le droit d'en aliéner le capital directement ou indirectement; il ne peut transiger, pas plus que signer un compromis. C'est à l'être moral qu'appartiennent ces actes (**Add.** Troplong, n° 690).

151. Ce n'est pas sans raison que nous cherchons à poser avec précision la ligne de démarcation entre les actes permis au gérant, et ceux pour lesquels il a besoin d'une autorisation expresse. Dans le cas où l'administration lui a été confiée par une clause spéciale de l'acte de société, il peut, nonobstant l'opposition des autres associés, faire tous les actes qui s'y rattachent, le cas de fraude excepté. Combien donc est-il important que la limite soit connue! (**Add.** Troplong, n° 670.)

152. Mais si l'administrateur qui excède ses pouvoirs est passible de dommages-intérêts envers la société, celle-ci doit indemniser le gérant observateur fidèle de la convention (**Add.** Troplong, n° 672).

Toutes les dépenses par lui faites dans l'intérêt et pour l'exécution de son mandat lui doivent être allouées: il est juste que la société supporte les dépenses dont elle est la cause; et cela, dans le cas même où le gérant excède son mandat, si l'opération lui profite. La dépense et le gain ne se séparent pas.

Si le gérant fait des avances, elles sont remboursées avec les intérêts, du jour où elles ont eu lieu. Le sort du gérant est comme celui du mandataire, rien ne l'oblige à employer son argent aux affaires sociales; s'il le prête bénévolement, et pour servir ses associés, il en retire le même profit que d'un pla-

cement fait en mains tierces (**Add.** TROPLONG, nos 601, 602).

153. S'il contracte des obligations dans l'intérêt de la société, quel qu'ait été le résultat des opérations à l'occasion desquelles ces obligations ont été contractées, la société doit les payer. Les entreprises les mieux combinées peuvent ne pas réussir; quand le gérant agit régulièrement et de bonne foi, il n'est pas responsable des événements (**Add.** TROPLONG, nos 604 et suiv.).

154. S'il éprouve des pertes, il est indemnisé de tout ce qui est une suite immédiate et directe de la gestion. Ainsi, un gérant entreprend un voyage pour acheter au loin des marchandises nécessaires à la société qu'il administre; il est arrêté par des voleurs, pillé, blessé même; la société ne perdra pas seulement les fonds qui étaient destinés à l'acquisition des marchandises; elle devra encore à l'associé gérant ce qu'il a perdu personnellement, et payer les frais de toute nature qu'entraîne la maladie causée par la blessure. Mais si l'associé gérant a emporté des sommes ou des objets manifestement inutiles au but de son voyage; si, quand la dépense pouvait s'élever tout au plus à mille francs, il en avait dix mille dans sa bourse; s'il avait des bijoux de prix, un diamant de grande valeur, la société ne sera pas tenue de rendre toute la somme dont il a été dépouillé, non plus que de payer la valeur des bijoux. Cette perte n'est pas une conséquence directe et nécessaire du mandat; c'est le résultat d'une imprudence qui doit demeurer à sa charge. Autant il est juste et convenable qu'en pareil cas l'indemnité soit largement arbitrée, autant il en faut écarter tout ce qui ne se rattache pas immédiatement à la gestion de la société.

De même, si, par suite de la blessure qu'il a reçue, l'associé gérant éprouve un irréparable dommage; si, par exemple, il demeure boiteux, la société ne sera pas obligée de l'indemniser de ce malheur: elle n'est tenue que de réparer la perte matérielle. Le reste n'est point à sa charge; c'est le résultat de la force majeure.

Telle est donc la règle : la société répond de tous les risques inséparables de la gestion, elle est tenue de réparer toutes les pertes qui en sont une suite immédiate et directe; mais, pour ce qui ne s'y rattache que de loin, ce qui pouvait être évité, ce qui tient à la force majeure, et ne comporte pas de réparation matérielle, elle en est dispensée (**Add.** TROPLONG, nos 606 et suiv.).

155. L'indemnité des pertes constitue d'ailleurs une dette sociale, et doit se liquider comme telle : si le fonds social est insuffisant, chaque associé personnellement y contribue, et s'il y a des insolvabilités, elles se répartissent entre les associés solvables. Les associés qui, d'après les statuts de la société, ne sont point obligés au delà de leur apport, sont seuls exempts de cette obligation (**Add.** TROPLONG, no 611).

156. En résumé, l'associé gérant représente la société; il fait tous les actes nécessaires à son exploitation. S'il a été désigné dans l'acte même de la société, l'opposition des associés ne peut l'empêcher d'agir dans les limites de ses pouvoirs. La société répond des obligations qu'il contracte, des pertes qu'il éprouve, quand elles naissent directement de l'inexécution du mandat : toutes les dépenses qu'il fait grèvent la société. S'il avance de l'argent, les intérêts lui sont dus de droit et sans stipulation. Il est même d'usage que, pour rémunération du temps et des soins qu'il donne aux affaires communes, un traitement lui soit attribué.

157. Mais tous ces avantages ont leur compensation. Les associés ne se dessaisissent du droit dont ils sont investis qu'à la condition que la gestion sera intelligente, active et désintéressée; que le gérant ne profitera pas de sa position pour faire sa condition meilleure, et se procurer au détriment de la société des avantages personnels; qu'il rapportera fidèlement à l'être collectif tous les profits qu'il acquerra (**Add.** TROPLONG, no 700).

De là il suit :

158. Que l'associé gérant doit l'intérêt des fonds qu'il n'a pas employés, du jour où ils sont entrés dans sa caisse. La jurisprudence (arr. cass., 22 mai 1813, Sirey, XIII, 1, 386) établit qu'à défaut d'emploi il y a présomption légale que le gérant les a consacrés à ses affaires personnelles; et c'est, en effet, la seule garantie que puissent avoir les associés contre la négligence ou l'infidélité du gérant. Combien ne serait-il pas facile de les tromper par des lenteurs calculées ou par des semblants de prudence! L'obligation de payer l'intérêt, de droit et sans stipulation, prévient tous les dangers. Tout ce qui excède ce qu'on appelle le fonds de roulement, c'est-à-dire la somme nécessaire aux besoins journaliers de la société, doit donc être placé sans délai. La première règle dans le commerce, c'est que l'argent ne doit jamais rester oisif, et quelle que soit la somme, on peut, à moins de circonstances extraordinaires, en tirer parti. Vainement le gérant alléguerait-il et prouverait-il que le capital versé dans sa caisse n'en est pas sorti : la règle ne fléchirait pas. Ce qu'il ne payerait pas en réparation d'une fraude, il le devrait comme peine de son incurie. La cause serait changée, non l'effet (**Add.** TROPLONG, nos 543, 544, 544 2°).

159. Si l'application faite par l'associé gérant à ses affaires personnelles des fonds de la société, empêche une opération utile, ou qu'à défaut de payement à l'échéance des engagements de la société, des créanciers dirigent contre elle des poursuites et nuisent à son crédit, la peine ne se borne point à une prestation d'intérêts, le gérant est tenu de dommages-intérêts équivalant dans le premier cas au gain dont a été privée la société, dans le deuxième au préjudice qu'elle a souffert. Détenteur des fonds à condition de leur donner, dès qu'il les touche, une application spéciale, il ne peut invoquer l'article 1153 du code civil, car il ne s'agit pas d'un retard dont la compensation est dans les intérêts; mais d'une infidélité dont toutes les conséquences doivent être réparées. Le profit de l'argent employé dans le commerce dépasse de beaucoup le taux légal de l'intérêt. Quel encouragement ne serait-ce pas donner à la fraude que de réduire à ces proportions la réparation du dommage! (**Add.** TROPLONG, no 700 3°, 576.)

160. 2° L'associé gérant répond non seulement de son dol, mais encore des fautes qu'il commet.

Sous l'ancien droit, une grave controverse s'était engagée entre les auteurs, sur les limites qu'il fallait assigner à cette dernière obligation : devait-elle s'appliquer dans un sens absolu? Toute action ou toute omission nuisible à la société, devait-elle entraîner une réparation, quelles que fussent d'ailleurs les aptitudes connues du gérant? ou devait-on au contraire prendre ces aptitudes en considération, rechercher quelle diligence l'associé gérant apportait à ses affaires personnelles, et, s'il avait administré la fortune de la société comme il administrait sa propre fortune, l'exempter de toute responsabilité?

Vinnius, Domat, Pothier avaient adopté la seconde opinion. A leur avis, en consacrant aux intérêts de la société la même diligence qu'à ses intérêts personnels, l'associé gérant satisfaisait pleinement à ses obligations. Que pouvaient exiger de plus les associés non

gérants? Ne le connaissaient-ils pas avant de le choisir? Ne savaient-ils pas dans quelle mesure s'exerçait son intelligence; quelle activité, quelles lumières il pouvait apporter dans la direction des affaires communes? Et n'est-il pas injuste, quand il n'a commis que des fautes légères, des fautes qu'assurément il eût commises si les opérations l'avaient concerné seul, de le condamner à les réparer?

Cette doctrine, qui repose sur la classification des fautes en fautes graves, légères et très-légères, a disparu. Les auteurs du code civil ont expressément déclaré, dans la discussion, que toute action ou omission nuisible engage la responsabilité. Il n'y a de distinction à faire qu'entre le mauvais succès et la faute (**Add.** Troplong, nº 700).

161. L'intérêt personnel est injuste : partout où la fortune s'est montrée contraire, il signale des fautes, et les accusations ne lui coûtent pas pour échapper aux dangers des faits accomplis. Mais l'équité ne permet pas une telle confusion. Quand le gérant a pris toutes les précautions que la prudence commande, et que, rassuré par l'apparence, il n'a fait que ce que cent autres auraient fait à sa place; si l'événement trompe ses prévisions, il n'est pas responsable. Il n'y a pas de spéculation commerciale exempte de péril : les causes les plus futiles peuvent détruire les combinaisons les plus sages. La fortune ne se plaît-elle pas à déjouer les calculs de la prudence la plus timide, dans le moment même où elle récompense d'inexcusables témérités?

Ainsi, par exemple, un négociant inspire une confiance sans borne; soigneux, réservé, circonspect, il a toujours et sans retard fait honneur à ses engagements, et cependant il y a sous cette apparence de crédit une incurable insolvabilité : c'est un abîme qui se creuse chaque jour davantage. Si le gérant lui prête de l'argent, et que la faillite éclate avant le remboursement du prêt, en sera-t-il responsable? non, assurément; il n'y a pas de faute en ce cas, il n'y a qu'un malheur. L'apparence, dans le commerce, équivaut pour ainsi dire à la réalité. Les plus défiants s'y laissent prendre.

162. Il y a faute quand, au mépris des règles de la prudence, sans précaution aucune, le gérant se jette hors des voies ordinaires du commerce, et que, dans son désir immodéré de toucher au but, il ne prend nul souci des moyens; quand, au lieu de demander le succès à des combinaisons réfléchies, il marche à l'aventure, défiant le hasard, jouant plutôt qu'il ne spécule. Les intentions ne diminuent ni la gravité, ni la responsabilité d'une telle conduite; et bien vainement alléguerait-on que le gérant était connu par sa témérité.

Tout homme qui se charge volontairement des affaires d'autrui s'engage par cela seul à se montrer vigilant, à ne rien faire de téméraire, à ne rien négliger de ce qui prépare le succès.

Il y a faute si le gérant accorde crédit à des gens d'une solvabilité douteuse, s'il traite avec des inconnus, sans avoir pris des renseignements, ou nonobstant des renseignements qui devaient éveiller sa défiance.

Il y a faute encore s'il ne fait pas en temps utile les actes propres à conserver les droits de la société; s'il omet de prendre ou de renouveler des inscriptions hypothécaires, de former des oppositions, de produire à une faillite; son devoir est de ne laisser rien perdre du patrimoine de la société.

163. Du reste, nous le répétons, de quelque faute que le gérant soit coupable, grave, légère, ou très-légère, il est responsable. Aucune distinction n'est permise, car la loi ne restreint par aucune exception l'application du principe qu'elle a posé. Lorsqu'elle a voulu modérer la règle, elle l'a très-expressément déclaré. Ainsi, l'art. 1992 du code civil dispose que si le mandat est gratuit, la responsabilité s'appliqua moins rigoureusement que s'il est salarié.

La doctrine qui tend à subordonner la responsabilité des fautes à une appréciation des aptitudes et de la diligence habituelle du gérant conduirait aux plus absurdes conséquences. Ainsi, un gérant qui laisserait à l'abandon sa fortune personnelle, pourrait impunément négliger les affaires sociales! système déraisonnable; car personne n'est forcé d'être gérant d'une société; et quiconque accepte cette tâche, en accepte les embarras et les devoirs. Ce n'est pas neuf fois sur dix qu'il faut être attentif et soigneux, mais toujours: toute négligence est punissable; les associés qui se sont dépouillés des droits inhérents à leur qualité, pour centraliser la gestion, assurer à l'exploitation une marche plus rapide, et éviter les tiraillements et le désordre qu'amène le défaut d'unité, n'ont en réalité d'autre garantie que la responsabilité indéfinie de l'associé gérant.

164. Toutefois les circonstances doivent grandement influer sur la solution; c'est aux tribunaux d'en tenir compte, et d'appliquer équitablement le principe. Tel fait, telle omission qui seraient d'une gravité infinie, si on les imputait à un homme versé dans la pratique des affaires et d'une expérience consommée, s'apprécieront plus humainement si celui qu'on en accuse est illettré, sans expérience, au début de sa vie commerciale.

La rigueur sera plus grande si le gérant reçoit un salaire que si la gestion est gratuite. Les associés qui payent les soins donnés à la chose commune ont le droit d'être très-exigeants (**Add.** Troplong, nº 577 2º).

Elle le sera plus encore contre l'associé qui, sans droit et contrairement aux stipulations du contrat, s'est immiscé dans la gestion; car il ne peut, celui-là, s'excuser par la difficulté d'embrasser tous les détails d'une exploitation compliquée, par la possibilité d'un oubli, par la lassitude qu'amène la succession d'affaires qui se renouvellent sans cesse. C'est volontairement, et en faisant ce qu'il ne devait pas faire, qu'il a compromis les intérêts de la société : il doit la réparation la plus large. Le cas fortuit qui ferait périr en sa main un objet dépendant de la société ne serait pas même une excuse, s'il n'était prouvé que la chose eût également péri dans la main du gérant : ce n'est point, en effet, de la force majeure que le dommage est né, mais de l'usurpation. La société ne peut souffrir d'un déplacement auquel s'opposait le contrat (**Add.** Troplong, nº 577 3º).

165. L'art. 1850 du code civil exprime que l'associé passible de dommages-intérêts ne peut compenser ce qu'il doit avec les profits que son industrie, dans d'autres affaires, a procurés à la société. Rien de plus juste que cette disposition. L'associé qui fait un fructueux emploi de son industrie paye sa dette, car c'est le prix de sa part dans les bénéfices. Aucune compensation n'est donc praticable. Les succès passés peuvent décider le juge à tempérer la peine; mais ils ne sont pas l'excuse nécessaire des fautes actuelles.

Duvergier, sur cette disposition de l'art. 1850, s'est demandé si le gérant auquel une faute est imputable, pouvait au moins opposer en compensation les bénéfices de l'affaire même qui, faute de soins, se résout en pertes.

L'affirmative résulte du texte de la loi.

L'art. 1850, en effet, n'interdit la compensation qu'entre la perte et les bénéfices obtenus dans d'autres affaires : donc tout ce qui provient de l'affaire

même s'applique à la libération du gérant. Est-ce qu'il n'est pas de principe certain que le résultat seul constitue le profit ou la perte? L'opération doit être appréciée dans son ensemble. Il y aurait une flagrante injustice à séparer le commencement et la fin pour s'emparer du commencement, s'il est heureux, et rejeter la fin qui ne l'est pas. C'est toute l'affaire, et non une partie de l'affaire qu'il faut considérer.

Ainsi, le gérant a acheté des vins dans un moment de hausse; après en avoir vendu avantageusement une partie, il s'arrête contre le vœu de ses associés, espérant une hausse plus forte. Les prix baissent inopinément, et ce qui reste se vend à perte. Il sera passible du dommage que son imprudence cause à la société; mais les avantages déjà obtenus viendront en déduction des pertes.

Ce n'est d'ailleurs qu'en appréciant séparément chaque affaire qu'on peut donner effet à la responsabilité que la loi inflige au gérant. Dans un commerce particulier, toutes les opérations s'enchaînent; l'une est la conséquence de l'autre; elles se suivent et s'alimentent respectivement. On achète pour vendre; on vend pour racheter, et ainsi, du commencement à la fin, il y a liaison et dépendance entre tous les faits commerciaux qui naissent de la société. Et comme il peut se faire que, quelques fautes que le gérant ait commises, il y ait en définitive des bénéfices, il en résulterait que le succès final excuserait et couvrirait tous les abus. Ce n'est pas ainsi que la loi doit s'entendre. Chaque opération doit être appréciée en elle-même, séparément, et sans mélange de ce qui la précède et la suit. C'est dans l'opération même et dans ses résultats qu'il faut chercher si l'associé gérant a montré toute la diligence nécessaire.

Le bien compense le mal, en ce sens seulement que le juge, quand il applique la responsabilité, peut avoir égard aux antécédents et aux résultats définitifs de la gestion: mais une faute ne cesse pas d'être une faute, parce qu'à côté d'une opération mal combinée, se placent des opérations favorables. C'est une considération, non une excuse; une raison d'alléger la réparation, non une compensation (**Add.** Troplong, n° 578).

166. 3° L'associé gérant ne peut sacrifier à son intérêt personnel l'intérêt de la société.

L'art. 1848 du code civil porte:

« Lorsque l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'une somme exigible envers une personne qui se trouve aussi devoir à la société une somme également exigible, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société et sur la sienne dans la proportion des deux créances, encore qu'il eût par sa quittance dirigé l'imputation intégrale sur sa créance particulière; mais s'il a exprimé dans sa quittance que l'imputation serait faite en entier sur la créance de la société, cette stipulation sera exécutée. »

L'art. 1849 ajoute:

« Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance *pour sa part*. »

Ainsi, lorsqu'il y a concours de dettes exigibles, appartenant, l'une à la société, l'autre à l'associé, l'égalité la plus parfaite doit régner entre les créanciers; les sommes payées s'appliquent proportionnellement à chacun. La loi ne permet pas à l'associé de profiter de sa position pour s'attribuer tout le payement, et se faire une situation préférable à celle de la société (**Add.** Troplong, n°s 552 et suiv.).

167. Mais par là même, si les choses ne sont pas égales, si les dettes n'étaient pas également exigibles au moment où s'est fait le payement, ou si elles sont de nature diverse, la solution de l'art. 1848 du code civil cesse de s'appliquer. La loi n'impose pas à l'associé l'obligation de sacrifier aux convenances de la société les avantages particuliers attachés à son titre, et notamment d'établir entre une créance exigible et une créance non encore échue une concurrence légalement impossible: de même que la somme payée s'appliquerait en entier à la société, si la créance de la société était seule échue; de même l'associé doit recueillir tout l'avantage que la priorité d'échéance assure à son titre. On ne peut pas l'accuser d'avoir préféré son intérêt à l'intérêt social, car ces intérêts n'étaient pas identiques. Il a usé de son droit sans diminuer en rien le droit de la société (**Add.** Troplong, n° 555).

168. Mais en supposant l'exigibilité des deux créances, si elles sont de nature différente; si celle de l'associé, par exemple, est commerciale, et qu'elle engendre la contrainte par corps et l'hypothèque, tandis que la créance de la société est purement civile et sans garanties, faudra-t-il appliquer l'art. 1848? le faudra-t-il appliquer même dans le cas où, usant de la faculté que lui donne la loi, le débiteur aura déclaré qu'il veut acquitter de préférence la dette personnelle de l'associé? L'affirmative semblerait résulter de la rédaction de l'art. 1848 du code civil, puisqu'il ne soumet qu'à la condition d'une échéance simultanée l'imputation proportionnelle du payement sur chacune des dettes. Mais tel n'est pas évidemment le sens de la loi.

Que la volonté exprimée par le débiteur au moment du payement ne puisse, dans le cas où les dettes sont l'une et l'autre exigibles et de même nature, écarter l'application de l'art. 1848, c'est une chose certaine. L'associé aurait un trop facile moyen d'éluder la loi, s'il suffisait d'obtenir du débiteur qu'il acceptât une quittance avec imputation sur la dette propre au gérant, ou qu'il déclarât en payant que son intention est d'acquitter cette dette (**Add.** Troplong, n° 559 2°).

Aussi l'art. 1848 a-t-il déclaré très-expressément que les termes de la quittance ne devaient pas être pris en considération. De quelque formule donc le payement soit accompagné, il s'applique de droit à chaque créance. De quoi se plaindrait le débiteur? Sa position reste la même; il doit toujours la même somme; il la doit au même titre. Il n'y a pas de raison pour qu'une volonté capricieuse, suggérée peut-être, l'emporte sur le vœu de la loi.

Mais quand, au contraire, le débiteur a un intérêt évident à ce qu'une des dettes soit éteinte de préférence à l'autre, l'imputation qu'il fait doit être respectée.

L'art. 1253 du code civil autorise le débiteur de plusieurs dettes à déclarer laquelle il entend acquitter.

L'art. 1256 va plus loin; il dispose que, dans le cas où la quittance ne porte aucune imputation, elle doit porter sur la dette que le débiteur, quand il y en a plusieurs pareillement échues, a le plus d'intérêt d'acquitter. Par la force de la loi seule et sans stipulation, l'engagement le plus onéreux est éteint.

Or, l'application de la règle peut-elle se modifier par cela seul qu'une des créances appartient à une société? Non, bien évidemment, en ce qui touche le débiteur: que lui importe, à lui, que la personne qui poursuit le payement agisse à des titres différents, pour l'une des créances en son nom personnel, pour l'autre comme gérant de la société, et que cette dernière qualité lui impose des obligations particulières? Les dettes sont dans la même main, elles sont égale-

ment exigibles; la plus onéreuse doit s'éteindre. Le principe écrit dans l'art. 1256 du code civil, principe inspiré par l'humanité, est absolu dans son application. Le débiteur qui ne peut acquitter toutes les dettes échues ne fait donc qu'user de son droit, en déclarant imputer sur la plus onéreuse la somme qu'il paye. Il garderait le silence que la loi, stipulant pour lui, le déclarerait libre de l'engagement qu'il a le plus intérêt d'acquitter. L'art. 1256 établit une présomption légale, dont le bénéfice ne peut être enlevé au débiteur, s'il n'y consent expressément.

La solution ne peut différer à l'égard de l'associé :

1° Parce que l'imputation est indivisible : du moment où elle éteint la créance, elle fait au créancier et au débiteur la même condition ;

2° Parce qu'elle résulte non de la volonté de l'associé, mais de la loi, et qu'en s'associant, il ne renonce pas aux conséquences nécessaires des titres qu'il peut avoir personnellement contre les tiers;

3° Parce que la division proportionnelle de la somme payée ne pourrait avoir lieu qu'autant qu'il conserverait la partie non acquittée de la créance, ce qui est légalement impossible; ou qu'on y substituerait une portion équivalente de la créance de la société, ce qui est absurde, puisqu'un titre commercial, hypothécaire, entraînant la contrainte par corps, serait remplacé par un titre civil, et n'ayant d'autre garantie que la solvabilité personnelle du débiteur, garantie dont le défaut de payement à l'échéance ne prouve que trop l'inanité.

L'art. 1848 du code civil doit donc être entendu en ce sens que l'imputation proportionnelle a lieu dans le cas seulement où les dettes sont de la même nature, et lorsque le débiteur n'a aucun intérêt apparent à ce que l'une soit éteinte plutôt que l'autre. Mais quand les positions sont différentes, les droits distincts, les actions et les garanties dissemblables, et que l'associé ne fait, en s'emparant de la somme payée, que donner à son titre ses effets naturels, la déclaration du débiteur produit les mêmes conséquences que s'il n'avait qu'un créancier (**Add.** Troplong, n° 559).

169. Duvergier pense que l'art. 1848 ne doit pas non plus s'appliquer au cas où la créance personnelle de l'associé s'éteint par une compensation. Cette solution est difficile à justifier. La compensation est un payement; elle en produit tous les effets. Or, qu'importe en quelle monnaie se fasse le payement, quand il est réel et que la fortune du créancier s'accroît d'autant? L'associé, pour donner à la société une part proportionnelle, est à la vérité forcé de tirer de sa caisse une somme qui n'y est pas entrée ; mais pour ne l'avoir pas reçue matériellement, l'a-t-il moins reçue? N'est-ce pas la même chose de toucher une somme qu'on emploie immédiatement à payer sa propre dette, ou de faire servir au payement le titre même? Or, si l'associé, au lieu d'être obligé envers son propre débiteur, avait un tiers pour créancier, pourrait-il jamais exciper de la remise qu'il aurait faite à celui-ci de la somme qu'on lui a comptée, pour éluder l'application de l'art. 1848 du code civil? Il ne faut pas de subtilité. Le vœu de la loi, c'est que la condition du gérant et de la société soit la même ; que leurs intérêts soient invariablement unis, qu'ils restent soumis aux mêmes chances, et que les événements heureux pour l'un, le soient aussi pour l'autre. Or, la chose sera-t-elle vraie, si le gérant peut échapper par la compensation à la nécessité d'une répartition proportionnelle? Est-ce qu'en profitant de toute la somme qu'il doit, il ne reçoit pas en réalité son payement?

Comment, en outre, ne pas voir qu'avec le système de Duvergier la loi devient à peu près illusoire? Il n'est pas difficile à un commerçant de se ménager une cause de compensation. La plus simple négociation en fait les frais. Non, l'art. 1848 du code civil ne permet pas la distinction qu'on en a tirée. Quand un payement est fait, un payement réel, quel qu'il soit, il profite à la société comme au gérant. Le fond ne cède pas à la forme (**Add.** Troplong, n° 559 *b*).

170. Duranton et Duvergier sont divisés sur la question de savoir si l'art. 1848 s'étend aux associés non administrateurs. Duranton adopte l'affirmative par cette considération que « chacun des associés a mission de faire le bien de la société. » Duvergier soutient l'opinion contraire, attendu que l'art. 1848 ne pouvant s'appliquer qu'autant que les créances sont dans la même main, c'est une condition impossible, quand l'associé n'est pas gérant, puisque loin d'être en possession du titre de la société, il n'a pas même le droit de s'occuper de ses affaires.

Cette raison est grave assurément; mais comment la concilier avec le texte de la loi? L'art. 1848 ne parle pas des gérants ; il porte, en termes généraux, que « si l'un des associés est, pour son compte particulier, créancier d'un des débiteurs de la société, l'imputation de ce qu'il reçoit de ce débiteur doit se faire sur la créance de la société, et sur la sienne proportionnellement. » Ce n'est donc pas à tel associé, à cause de sa position et des droits ou des devoirs qui s'y attachent, que la loi s'adresse; mais indistinctement à tous les associés. C'est à tous les associés, par cela seul qu'ils sont associés, et indépendamment du rôle qui leur est assigné, qu'elle ordonne de sacrifier, dans un cas spécial, leur intérêt particulier à l'intérêt commun. Il n'y a pas de distinction à faire en présence de termes aussi clairs.

Veut-on aller plus loin et s'enquérir du but de la loi? Ce n'est pas sur un principe de droit commun qu'elle repose, car l'associé ne se confondant jamais avec la société, rien ne s'opposait légalement à ce que le débiteur imputât à son gré la somme qu'il payait. L'art. 1848 est une des conséquences de la fraternité qui s'établit entre les associés; c'est une barrière posée contre l'égoïsme : la loi fait un devoir à tout associé de la bienveillance et du dévouement; comment dès lors des distinctions? Est-ce que tout ne doit pas être égal entre les associés? Est-ce que, gérants ou non, tous n'ont pas avec la société les mêmes rapports; et, sur ce qui forme le fonds social, des droits de même nature? Est-ce qu'enfin, et c'est la raison décisive, la qualité de gérant peut placer un des associés dans une position si défavorisée, qu'il soit obligé de verser dans la caisse commune une partie des sommes qu'il reçoit sur ses créances personnelles, quand les associés dont il administre les affaires sont affranchis de cette obligation? Non, ce n'est pas de la qualité de gérant qu'elle émane, car cette qualité n'est qu'un mandat : elle tient au titre même d'associé : elle doit peser sur tout le monde (**Add.** Troplong, n° 551-558).

171. Les mêmes considérations s'appliquent à l'art. 1849. Il porte :

« Lorsqu'un des associés a reçu sa part entière de la créance commune, et que le débiteur est depuis devenu insolvable, cet associé est tenu de rapporter à la masse commune ce qu'il a reçu, encore qu'il eût spécialement donné quittance pour sa part. »

Cette disposition oblige indistinctement tous les associés.

Celui qui a reçu doit rapporter à la masse ce qu'il a reçu, non pas seulement quand l'insolvabilité est devenue certaine, mais immédiatement. C'est qu'en effet, jusqu'à la dissolution et au partage de la société, il n'y a pas entre les associés une indivision dont cha-

cun puisse, par des conventions individuelles, hâter le terme en ce qui le concerne. C'est à la société, à l'être moral et collectif que tout appartient; c'est la société qui possède; c'est à la société que tout doit être rapporté. Subordonner à la vérification de l'insolvabilité le rapport de la somme reçue, ce serait supposer l'associé propriétaire de la portion de créance qu'il a touchée; or c'est légalement impossible. Chaque associé n'a qu'une espérance avant le partage; quel inconvénient n'y aurait-il pas d'ailleurs à ce que chacun, escomptant l'avenir, attirât à lui des lambeaux du fonds social, et appauvrît la société, sauf à rendre en cas d'insolvabilité du débiteur? Ce ne serait plus seulement l'insolvabilité du débiteur, mais celle de l'associé qu'on aurait à craindre. Il n'en peut être ainsi : administrateur ou non, l'associé qui touche la portion de créance correspondant à son intérêt, touche non sa part, mais celle de la société. Ce n'est que comme mandataire qu'il agit; il doit donc immédiatement restituer ce qu'il a reçu. Les événements ultérieurs qui peuvent rendre plus impérieuse cette obligation ne la créent pas; elle résulte du seul fait qu'avant la dissolution et le partage, un des associés, se substituant à la société, a reçu et gardé ce que la société seule devait et pouvait recevoir.

172. Une dernière obligation imposée à l'associé gérant est de rendre compte de sa gestion, non pas seulement quand son mandat expire, mais pendant sa durée. Les associés sont fondés à s'enquérir, à toute époque, de l'état des affaires sociales, de la direction donnée à leurs intérêts, de l'emploi des capitaux, des résultats acquis ou espérés. Il faut bien, pour qu'ils puissent exercer le droit que la loi leur confère d'arrêter une gestion désastreuse ou par une demande en dissolution, ou par la destitution du gérant, qu'ils aient le moyen de la connaître.

Il est d'usage que la convention impose à l'associé gérant l'obligation de présenter, ou tous les six mois, ou tous les ans, une situation détaillée de la société. Si l'acte est muet, la majorité n'est pas moins en droit de réclamer des éclaircissements (**Add.** Troplong, n° 700 2°).

La majorité, disons-nous, car il ne faut pas livrer le gérant aux exigences des intérêts individuels, toujours si prompts à s'alarmer; autrement, le temps que réclament les affaires se passerait à satisfaire une curiosité sans objet ou à calmer des inquiétudes sans fondement : le gérant ne peut être soumis à cet inconvénient.

Tout ce qui précède sur les droits et les devoirs du gérant, les actes qu'il peut seul et sans consulter les autres associés, ceux pour lesquels au contraire une autorisation spéciale est nécessaire; sur le désintéressement, la fidélité, le zèle qui doivent caractériser la gestion, sur la responsabilité des fautes, etc., etc., s'applique indistinctement, et à quelque source que le gérant ait puisé ses pouvoirs; qu'il ait été nommé par l'acte même de société ou par une délibération postérieure, il n'importe; à l'égard des tiers, et quant aux actes extérieurs, les droits et les devoirs sont les mêmes.

173. Mais à l'égard des associés, il y a une différence extrême entre ces deux cas.

A moins de stipulations contraires, les pouvoirs du gérant institué par la convention sont irrévocables en ce sens qu'ils ne lui peuvent être enlevés sans cause légitime : il n'appartient qu'aux tribunaux, s'il résiste, de l'en priver, et sa révocation, quand elle a lieu, met un terme à la société (**Add.** Troplong, n° 173).

174. Le gérant créé par une délibération postérieure à la formation de la société n'est au contraire qu'un mandataire. Ce que la volonté des associés a fait, la volonté des associés peut le défaire : ils peuvent, quand il leur plaît, capricieusement même, reprendre les pouvoirs qu'ils ont confiés, et les remettre en d'autres mains; et dans ce cas le contrat de société n'éprouve aucune altération; il continue de subsister : il n'y a de changé que l'instrument.

175. Quand la gestion a été réglée par le contrat même, il est naturel que la société cesse dès que le gérant est révoqué. L'institution du gérant est une des conditions essentielles de la convention; on s'associe en vue des garanties que présentent l'intelligence et l'activité du gérant, la facilité de son humeur, ses relations commerciales, sa solvabilité; s'il disparaît, le consentement n'a plus de cause; chaque associé peut rompre le lien qu'il a formé. La stipulation qui repose sur la considération de la personne, ne survit pas à la personne. Substituer au gérant que les tribunaux condamnent à se retirer, soit un nouveau gérant, soit la gestion de tous, serait faire un contrat nouveau. Nul n'est obligé d'en accepter les chances.

Le même effet s'attache à la désertion du gérant. La société serait dissoute dans le cas même où il serait prouvé que c'est par caprice ou par fraude qu'il abandonne sa mission; la volonté unanime des autres associés serait impuissante pour contraindre le gérant lui-même à rester dans la société; car la condition sous laquelle il y est entré n'existe plus. Il peut être condamné à des dommages-intérêts, mais non à rester associé. La seule garantie contre un fait de ce genre est dans la sévérité des tribunaux, auxquels est confiée l'appréciation du préjudice fait à la société (**Add.** Troplong, n°s 676, 677, 678, 678 2°).

176. Les associés peuvent stipuler, qu'en cas de révocation ou de démission du gérant institué par l'acte, un autre gérant sera nommé; et cette nomination dûment faite, si la nature de la société ne s'y oppose, les rapports sociaux continueront (**Add.** Troplong, n° 678 2°).

C'est qu'en effet la substitution d'un gérant à un autre n'est pas compatible avec toute espèce de société. Indifférente dans la société civile et dans la société commerciale en nom collectif, elle est impossible dans les sociétés en commandite.

Comme nous l'expliquerons quand le temps en sera venu, la société en commandite a, comme la société collective, une raison sociale, et cette raison c'est le nom du gérant auquel s'ajoutent les mots *et compagnie*. La raison sociale, c'est le nom sous lequel elle se produit en public, achète, vend, contracte, signe des engagements; c'est le nom sous lequel, alternativement, elle agit et répond devant les tribunaux, et pour qu'aucun doute n'existe sur l'identité de l'être moral, la loi ordonne, à peine de nullité, la publication des actes qui le constituent.

Or, maintenant, qu'on suppose une société en commandite formée par Paul, la raison sociale sera *Paul et compagnie*. Que Paul se retire, et qu'on lui substitue Pierre, bien évidemment ce ne sera plus la même société. *Pierre et compagnie* ne peut pas être la même chose que *Paul et compagnie*; c'est une personne différente, un être collectif différent; s'il a le même objet, il n'a plus le même nom, la même raison sociale, la même personnification; c'est donc un contrat nouveau que la similitude de ses éléments ne permet pas de confondre avec le contrat qui s'éteint. C'est une conséquence de l'assimilation des personnes morales aux personnes physiques qu'elles ne survivent point aux causes dont elles sont issues.

Duvergier cependant, après avoir rappelé la clause habituellement insérée dans les actes de société en

commandite, que la mort, la retraite ou la destitution du gérant ne mettra pas fin à la société, et que l'assemblée générale pourra le remplacer, trouve cette stipulation légale : attendu que parmi les nombreux actionnaires qui participent aux sociétés en commandite il n'en est aucun qui s'attache, en souscrivant, aux qualités personnelles du gérant, à sa capacité, à sa solvabilité;

Que leur attention se porte exclusivement sur la nature de l'entreprise, et qu'ainsi, la substitution d'un gérant à un autre est sans inconvénient.

Oui, c'est une vérité que dans ces derniers temps où la commandite n'était pour les actionnaires et pour le gérant qu'une occasion d'agiotage; où, quelques dupes exceptées, personne n'achetait d'actions avec l'intention de les garder, mais bien avec la volonté de les revendre quand les mouvements de la bourse en auraient élevé le cours; c'est une vérité qu'on s'est occupé fort peu de la personne du gérant, fort peu même de la valeur commerciale actuelle ou future des choses mises en société. Mais quelle influence ces considérations peuvent-elles exercer sur l'application de la loi?

N'est-il pas légalement certain que le gérant d'une société en commandite en est la personnification absolue? que la raison sociale est l'état civil de cette société? que la personne morale s'éteint avec l'état civil qui la distingue? que si un contrat a lieu pour exploiter, sous un autre gérant, les éléments de la société qui cesse par la retraite ou la destitution du gérant, c'est un contrat nouveau? qu'une autre personne morale se forme, un autre état civil, une autre société dès lors? que de nouvelles publications sont nécessaires? qu'à défaut de ces publications, il y aurait nullité complète de tout ce qui s'est fait?

Ces principes ne souffrent pas de modifications, ils tiennent à l'essence des sociétés : il faut qu'on les respecte. Il est déraisonnable de puiser dans des stipulations qui accusent ou l'imprévoyance ou la fraude, le motif d'une innovation incompatible avec l'élément essentiel de la commandite.

Que, dans une société civile qui n'a pas de raison sociale, la révocation ou la désertion du gérant n'entraîne pas la dissolution, lorsqu'il a été stipulé qu'on pourrait, au gérant désigné par l'acte, substituer un nouveau gérant, c'est une chose naturelle et simple : le changement qui a lieu ne modifie pas les rapports des associés avec les tiers; c'est toujours la même société.

Qu'il en soit de même dans la société commerciale en nom collectif, c'est encore naturel et simple. La raison sociale n'est pas altérée; elle reste ce qu'elle était avant. Il n'y a de changé que la main qui signe du nom social; et encore en faut-il instruire le public.

Mais dans la société en commandite, où tout change, où c'est une autre solvabilité qu'on offre au public, où la société se présente sous une dénomination différente, ce n'est pas une simple substitution de personnes et de pouvoirs; la société meurt avec le gérant. Il faut une convention nouvelle pour réunir légalement au même centre, enchaîner et confondre les intérêts que la retraite ou la destitution du gérant a virtuellement séparés.

Ineptum sanè videtur, cùm socii unum ex consociis dimiserint, novum complimentarium deputaverint, ac nova fuerint inita negotia, novaque cambia activa et passiva contracta; ineptum sanè videtur in his terminis allegare continuationem per stratica, sed imò clarissimè renovatio societatis educitur... Magis non refragante, quod suppositâ extinctione primæ societatis, adhuc dùm secunda renovata existit eum iisdem capitalibus, ratione hujus modi translationis (Casaregis, t. III, page 154, art. 38 et suiv.) (**Add.** Troplong, n° 678 3°).

177. Les associés peuvent nommer un ou plusieurs administrateurs, s'ils le jugent conforme à leur intérêt.

178. Si les attributions ont été partagées, chacun est tenu de se renfermer dans le rôle que lui assignent les statuts (**Add.** Troplong, n° 702).

Dans le cas contraire, et à moins qu'on n'ait stipulé que l'un ne pourra agir sans l'autre, chacun résume en soi tous les pouvoirs, et a le droit de faire séparément tous actes de gestion.

Mais s'il y a stipulation à cet égard, les administrateurs ne peuvent se soustraire à la nécessité du concours. La règle s'applique au cas même où l'un des gérants est dans l'impossibilité d'accomplir son mandat.

Si cependant il y avait péril en la demeure, et qu'une solution immédiate fût nécessaire pour sauver la société d'un danger imminent, l'action individuelle s'exercerait valablement. L'utilité du fait couvrirait la violation du contrat (**Add.** Troplong n° 707).

Il a été jugé que l'appel interjeté au dernier moment par un associé non gérant était valable, parce que chacun, en cas d'urgence, ressaisit le droit de faire ce qui est utile à la société. Il faut décider par le même principe, que dans le cas où l'un des gérants est réduit à l'impuissance de délibérer, l'autre gérant, si les circonstances sont graves, impérieuses, exclusives de tout délai, peut seul, et sans égard pour les stipulations qui l'enchaînent, faire ce que réclame l'intérêt de la société.

S'il n'y a pas urgence, l'associé gérant doit en référer à la société, lui faire connaître l'impossibilité actuelle du concours, et ranimer à leur source même ses pouvoirs devenus insuffisants.

179. Lorsque plusieurs gérants ont été nommés à la condition de ne point agir séparément, le refus d'un seul arrête toutes les opérations; la majorité des voix ne suffit pas; il faut l'unanimité, car l'unanimité est la garantie des associés qui ne gèrent pas. Lorsque des associés abandonnent à quelques-uns d'eux le droit d'administrer la chose commune, l'un est choisi parce qu'il est prompt à concevoir, ardent et d'une infatigable activité; l'autre parce qu'il est prudent, et qu'il ne se décide qu'après mûr examen; celui-là parce qu'il sait exploiter les événements commerciaux; celui-ci, parce que sa bonne réputation assure du crédit à la société. Tout est balancé; la tendance à la témérité, tempérée par la prudence; l'indolence réchauffée par l'activité. Ces aptitudes sont combinées de manière à empêcher que de folles opérations ne compromettent les destins de la société. Or, si lorsque trois gérants ont été institués à condition de ne pas agir séparément, deux seulement peuvent prendre un parti, l'équilibre établi par la convention sociale est rompu. Les garanties qu'elle promettait n'existent plus. Il faut donc l'unanimité; c'est le seul mode d'exécution légalement admissible.

Que faire cependant si les opérations sont entravées par un refus capricieux, systématique, persévérant? Est-ce que la société n'aura pas le droit de vaincre une résistance qu'elle trouve illégitime, et de revendiquer le pouvoir dont elle s'est dessaisie à des conditions qui lui semblent violées.

Elle le peut sans doute, si les gérants ont été nommés par une délibération postérieure à la convention de société; car ils ne sont en ce cas que des mandataires sujets à révocation. Mais si la désignation résulte du contrat même, la chose n'est pas possible. Il n'appartient qu'aux tribunaux de juger si, en effet, il y a eu mauvais vouloir, et si, par une obstination sans excuse, le gérant dont la destitution est poursuivie, a empêché

187. L'associé non gérant est responsable de son dol et de ses fautes, etc.
188. L'associé qui verse des fonds dans la caisse au delà de sa mise, a droit aux intérêts de plein droit.
189. La contrainte par corps peut être exercée entre associés.
190. Un associé peut-il céder ses droits ?
191. La solution dépend de la nature des sociétés.
192. La cession, nulle à l'égard de la société, est valable entre les parties contractantes.
193. Dissentiment entre les auteurs sur le caractère particulier des rapports que la société engendre entre le cédant et le cessionnaire.
194. Quand la cession est totale, le cédant n'a plus d'autre qualité que celle de mandataire chargé de veiller à la conservation de ce qu'il a vendu.
195. Si la cession est partielle, une société particulière se forme entre les contractants.
196. Le cessionnaire est-il tenu de contribuer aux pertes résultant de l'insolvabilité de son cédant ? Merlin adopte la négative.
197. Opinion contraire de Duvergier.
198. L'opinion de Duvergier doit être préférée. Réfutation des arguments de Merlin.
199. Le cessionnaire ne peut s'immiscer dans les affaires sociales. Si cependant il y prend part, il ne doit pas être considéré et traité comme associé.
200. La responsabilité pèse exclusivement sur le cédant, quand la participation du cessionnaire à la gestion provient de la volonté de celui-ci.
201. A la dissolution de la société, le cessionnaire peut librement exercer ses droits.
202. *Quid* au cas où la cession est relative à un objet déterminé dépendant de la société ?
203. La cession n'est opposable ni à la société, ni aux créanciers personnels de l'associé cédant, si elle n'a pas date certaine, et si, de plus, elle n'a pas été régulièrement signifiée. Dissentiment avec Duvergier.
204. La solution n'est pas applicable aux actions au porteur.
205. Si le partage attribue des créances au cédant, le cessionnaire doit notifier au débiteur le transport fait à son profit.

COMMENTAIRE.

184. Pour compléter ce qui touche à l'administration de la société, il faudrait expliquer à quelles conditions les actes des gérants obligent l'être moral, et quelles sont, d'après la nature des sociétés, les conséquences des engagements légalement contractés contre chacun des associés. Mais les articles 22, 23, 26 et 32 du code de commerce ayant sur ces deux points tracé des règles positives, il serait superflu de s'en occuper maintenant : ce sera l'œuvre du commentaire.

Nous nous bornerons, pour couronner les notions générales qui nous ont semblé nécessaires à la parfaite intelligence de la loi commerciale, à exposer en peu de mots les droits et les devoirs des associés entre eux.

Dans les sociétés civiles, chaque associé peut user des choses appartenant à la société, et tant que sa jouissance se renferme dans la destination prévue par le contrat, il ne doit compte à personne de l'utilité qu'il en retire; il use de son droit. Il peut, comme conséquence directe de ce droit, exiger que les réparations nécessaires à la conservation des choses sociales soient faites à frais communs, autant du moins qu'elles n'excèdent pas le montant des mises. Mais il ne peut ni faire ni exiger qu'on fasse des innovations aux immeubles dépendant de la société, même quand il les soutiendrait conformes à l'intérêt de tous. Il faut, à cet effet, le consentement des autres associés (**Add.** Troplong, nos 729 et suiv.).

185. Dans les sociétés commerciales, la jouissance des associés individuellement, n'est pas compatible avec le but de la convention. On se réunit pour spéculer, et c'est dans cette vue qu'on met en commun des capitaux ou des marchandises : c'est donc à la société seule, à l'être collectif qu'il appartient d'en disposer. Dans le cas même où un immeuble est apporté, comme il ne peut entrer dans le capital d'une société commerciale que pour être realisé en argent, ou pour servir à l'exploitation, telle serait une manufacture, toute autre jouissance que la jouissance collective est impossible. C'est seulement par des allocations de bénéfices que se manifeste pour les associés privativement l'utilité de la convention.

186. Nous avons vu que l'effet de la société n'est pas seulement d'obliger les parties à rapporter à la masse les profits de toute nature qu'elles peuvent obtenir dans l'exploitation des affaires communes, mais que dans le cas où l'intérêt individuel est en contact avec l'intérêt collectif, le premier doit être sacrifié (art. 1845, 1849, du code civil). La règle ne s'étend pas au delà du temps fixé pour la durée de la société. La cour de cassation a jugé, le 22 avril 1818 (Dalloz, t. VIII, p. 169), que lorsqu'une société de commerce avait été déclarée en faillite, les remises faites à un associé personnellement par les créanciers ne profitaient pas nécessairement aux autres associés (**Add.** Troplong, nos 560 et suiv.).

187. L'associé non gérant ne peut aliéner les choses mobilières, alors même qu'elles sont destinées à être vendues. C'est un droit exclusivement réservé aux gérants. Si par son dol, ou par sa faute, il cause du dommage à la société, il en doit la réparation (**Add.** Troplong, nos 560 et suiv., 577 3o).

Il doit de plein droit et sans stipulation l'intérêt des fonds qu'il a pris dans la caisse sociale. Il peut même, s'il y a lieu, être condamné à des dommages-intérêts. Sa condition est la même que celle de l'associé gérant qui emploie à ses affaires personnelles les fonds de la société, et rend impossibles ou des opérations avantageuses, ou le payement de dettes exigibles.

188. Savary décide dans un de ses parères (t. II, p. 352), que lorsqu'un des associés verse des fonds au delà de sa mise dans la caisse sociale, les intérêts lui sont dus de plein droit. Il donne pour motif de cette solution l'équité, l'usage, la bonne foi du commerce, l'absence de préjudice pour la société qui, réduite à la nécessité d'emprunter, aurait eu nécessairement des intérêts à payer. Cette décision doit être suivie. Les fonds de l'associé entrent en compte courant, et c'est une règle constante du droit commercial, que les fonds placés en compte courant produisent intérêt sans stipulation (**Add.** Troplong, no 603).

189. Dans ces deux cas, soit que la société agisse contre l'associé pour le contraindre à restituer ce qu'il a détourné de la caisse sociale, soit que l'associé réclame de ses associés les fonds versés en compte courant, si la société est commerciale, la contrainte par corps est applicable. La jurisprudence a consacré l'exercice de cette voie rigoureuse d'exécution, longtemps considérée comme blessant le principe de fraternité qui unit entre eux les associés (cour de cass., 22 juin 1831; Dalloz, XXXIV, 1, 104). La nature de la dette l'emporte sur la nature des rapports existant entre les parties.

190. Un associé peut-il céder ses droits?

Les auteurs, d'accord sur la solution en principe, se sont divisés sur les conséquences. Tâchons de préciser et de fixer les doutes.

191. Dans les sociétés civiles et dans les sociétés commerciales, où la considération des personnes est un des éléments principaux de la convention, un associé ne peut, s'il n'y a stipulation contraire, ou si les autres associés n'y consentent, se substituer un cessionnaire. C'est par la position sociale, la moralité, la solvabilité, l'intelligence des parties que le consentement se détermine. Un des contractants ne peut, par sa volonté seule, modifier les conditions sous la foi desquelles la société s'est formée (**Add.** Troplong, n° 755 2°).

Mais si le contrat se réduit à une association de capitaux, il en est autrement. Ainsi dans les sociétés en commandite par actions, et dans les sociétés anonymes, sociétés d'écus, où les associés ne se choisissent pas, où souvent même ils ne se connaissent pas, rien ne s'oppose à ce qu'un des contractants subroge un tiers à tous ses droits, comme à toutes ses obligations, sans toutefois que les intérêts de la société soient atteints. Si le cédant n'a pas versé sa mise, quelques stipulations qu'il fasse avec son cessionnaire, il reste débiteur envers la société, et peut, à défaut de payement à l'échéance, être poursuivi. La souscription d'actions engendre une obligation personnelle ; et des obligations de ce genre ne s'éteignent que par le payement ou par la renonciation formelle du créancier. Les effets de la cession se concentrent entre le cédant et le cessionnaire. La société qui n'a pas le droit de l'empêcher n'en peut ressentir de dommage ; quelle porte n'ouvrirait-on pas à la fraude en attachant la libération de l'associé primitif, à la cession qu'il ferait de son titre? Au premier souffle de la tempête, il n'y aurait plus d'actionnaires solvables ; il ne resterait que des cessionnaires sans crédit et sans consistance (**Add.** Troplong, nos 176 et suiv.).

Assez souvent, quand la convention sociale autorise les associés à céder leurs droits, on stipule qu'en cas de vente les associés restants auront la préférence sur les acquéreurs étrangers ; que même ils pourront, dans un délai déterminé, exercer le retrait des mains de ces derniers, en remboursant ce qu'ils ont payé. Cette clause est légitime. Le droit ne s'oppose point à ce que les associés prennent des précautions pour écarter les esprits chagrins, défiants, malveillants peut-être, et qui pourraient apporter le désordre là où jusqu'alors a régné l'union, condition essentielle du succès.

192. Lorsque la nature de la société ne permet pas à l'associé de se substituer un cessionnaire, la cession n'est cependant pas frappée de nullité. Inefficace envers les associés, elle est valable entre les parties. Si le cessionnaire n'acquiert pas la qualité d'associé, et s'il ne peut exercer les droits qui la suivent, délibérer, voter, prendre part aux travaux, disposer des choses sociales, la cession lui confère la faculté de recueillir tous les avantages que la société peut produire, et comme l'associé lui-même les aurait recueillis. Rien ne peut empêcher l'associé, quand il ne change pas les conditions du contrat et qu'il en accomplit comme par le passé les obligations, de transmettre à un tiers tout ou partie des espérances de l'avenir.

193. Les auteurs ne sont pas d'accord sur le caractère des rapports qui naissent de la cession.

Ferrière avait, sous le droit ancien, émis l'opinion qu'il en résultait une société particulière entre le cédant et le cessionnaire ; Merlin, Delvincourt et Pardessus se sont réunis à cet avis.

Duvergier soutient, au contraire, qu'elle ne produit qu'une communauté d'intérêts, parce que le prix de la cession, devenant la propriété personnelle du cédant, ne forme pas une mise ; parce qu'il n'y a ni gestion commune, ni collaboration possibles ; que, contrairement aux principes qui régissent la société, la mort du cessionnaire ne mettrait pas fin au contrat.

Cette controverse est sans intérêt. Quelle que soit en effet la solution, qu'il y ait société particulière ou communauté, les résultats, sauf la juridiction, s'il s'agit d'une société commerciale, sont les mêmes entre les parties. Le contrat qui se forme entre le cédant et le cessionnaire se règle sur la société dont il est issu ; il en suit toutes les phases, vit ou meurt avec elle, et participe à toutes ses chances. Si l'exploitation donne des bénéfices, ils appartiennent au cessionnaire dans la proportion convenue ; il supporte également les pertes qui surviennent. Si les statuts autorisent des appels de fonds, il doit fournir son contingent ; il doit encore, quand les associés, usant du droit qu'ils se sont réservé, modifient les conditions mêmes de la société, subir les conséquences des délibérations prises régulièrement. Or, qu'importe, puisque le contrat ne produit pas d'autres effets, qu'on le qualifie de communauté d'intérêts ou de société? (**Add.** Troplong, nos 757 et suiv.)

194. Toutefois, il faut distinguer, ce nous semble : si la cession embrasse tous les droits de l'associé qui vend, il n'en résulte pas plus de société que de communauté entre les parties. Le cédant n'ayant plus rien absolument à prendre dans la société, étranger au bien comme au mal que l'avenir recèle, n'a plus autre chose à faire qu'à représenter le cessionnaire auquel toute immixtion dans la société est expressément interdite. Le contrat lui impose virtuellement les devoirs et la responsabilité du mandat. Si donc il compromet par sa négligence les droits qu'il a cédés, s'il commet des fautes, ou que même il donne son assentiment à des mesures dont le résultat est d'amoindrir les espérances de la liquidation, il est responsable envers son acheteur ; il doit compte et de ce qu'il n'a pas fait, et de ce qu'il a mal fait, et de ce qu'il a laissé faire (**Add.** Troplong, n° 758).

195. Que si, au contraire, la cession n'a pour objet qu'une partie des droits du cédant, nous pensons, avec Merlin et Pardessus, qu'il se forme entre les contractants une société particulière. La mise de l'associé, devenue par la cession commune au cessionnaire, compose le fonds social ; les chances de gain et de perte sont celles de la société principale. Il importe peu d'ailleurs que, selon la remarque très-exacte de Duvergier, il n'y ait pas possibilité de gestion commune ou de collaboration, et que les événements qui modifient l'état ou la capacité du cessionnaire n'influent pas sur la durée de la convention ; mais il n'est pas de l'essence de la société que tous les associés participent à l'administration, ni que la société finisse par le décès d'un des associés. On peut valablement stipuler que la gestion appartiendra à un seul associé, et que si tel des intéressés vient à mourir avant le terme, la société continuera avec ses héritiers. Or, pourquoi les conditions qui résultent nécessairement de la convention n'équivaudraient-elles pas à une stipulation positive? (Arrêt de la cour de Bordeaux, du 8 fév. 1833, Dalloz, XXXIX, 2, 233).

196. Merlin examine dans ses *Questions de droit* (au mot *Croupier*) si le cessionnaire d'une part déterminée, dans un intérêt social, est tenu de contribuer aux pertes causées à son cédant par l'insolvabilité des associés de celui-ci, et se prononce pour la négative, par ce motif principal que le cessionnaire, étranger à la société, ne peut être garant des fautes des associés de son cédant ; que les pertes naissant de l'insolvabilité d'un associé ne regardent pas la société considérée en soi, mais seulement les associés entre eux, et

qu'ainsi, loin qu'elles puissent rejaillir de la personne du cédant sur la personne du cessionnaire, c'est au contraire le cessionnaire qui a une action contre le cédant pour se faire indemniser.

Merlin cite à l'appui de son opinion les lois 21, 22, 23, D. *Pro socio*, et ajoute « que le croupier n'étant associé avec son cédant que pour une part déterminée, il n'est pas possible qu'on le répute associé pour une plus grande part; qu'on ne peut, sans violer le principe qui défend d'étendre une obligation au delà de ses termes, lui faire supporter plus de charges que cette part déterminée n'en comporte; qu'il y a de l'absurdité à vouloir rejeter sur lui les parts de tierces personnes insolvables avec lesquelles il n'a ni contracté, ni quasi-contracté. »

A l'objection que, le cédant ne pouvant empêcher cette aggravation de charges pour la part qu'il a dans la société, le croupier ne peut empêcher que la même aggravation n'ait lieu à proportion de la part qui lui a été cédée, il répond qu'il y a dans ces positions une différence capitale; que le cédant a contracté avec les membres de la société principale, et que le croupier ne l'a pas fait; que le cédant, en entrant dans la société principale, s'est obligé, envers le public et chacun de ses associés, à faire face au vide qui pourrait provenir de quelques-uns d'entre ceux-ci, et que le croupier, au contraire, n'a contracté qu'avec lui; que le cédant n'est pas seulement tenu des pertes de la société, mais du fait des associés, au lieu que le croupier ne connaît pas les affaires de ceux-ci, qu'il n'a rien de commun avec eux, et que, s'il a pris un intérêt dans la société, il l'a pris en considérant la société comme un objet réel et indépendant de chacun de ses membres.

Merlin invoque enfin deux arrêts du parlement de Douai, des 7 janvier 1763 et 27 juillet 1782, qui auraient jugé la question en ce sens.

197. Duvergier combat cette doctrine par ces raisons : que la cession ayant pour objet partie, non des choses composant l'actif social, mais des droits de l'associé dans la société, le cessionnaire ne peut avoir une autre position que le cédant;

Qu'il supporte avec lui et comme lui les faits dont la conséquence est de diminuer le patrimoine commun, quels que soient ces faits, et de quelques causes qu'ils proviennent, dès qu'ils ont sur la société une influence nécessaire;

Que tel est le résultat de l'insolvabilité d'un associé;

Que le cédant, qui a transmis sa qualité avec les chances qu'elle comporte, ne peut être soumis à la garantie de faits qui ne sont pas les siens.

198. Cette dernière opinion a pour elle le droit et l'intention présumée des parties.

Des explications que nous avons données sur les effets et le but du contrat de société, il résulte :

1° Que deux obligations sont inhérentes à la qualité d'associé: la première, de verser sa mise; la deuxième, si le fonds social est insuffisant au payement des dettes, de fournir les sommes nécessaires pour les éteindre. Il n'y a d'exception à cette dernière obligation qu'en faveur des associés en commandite, ou des actionnaires dans les sociétés anonymes, et de leurs cessionnaires;

2° Qu'en compensation de ces charges, chacun des associés a droit sur tout ce qui compose le fonds social; mais que ce droit, tant que la société dure, est incorporel et éventuel. La loi déclare que dans le cas même où la société est propriétaire d'immeubles, le droit de l'associé consiste dans une espérance réalisable au moment où le contrat finira.

Or, quand un droit incorporel fait la matière d'une cession, quelles conséquences la loi attache-t-elle au contrat? Le droit cédé passe, tel qu'il est, au cessionnaire avec ses avantages et ses charges; la loi n'impose point au cédant la responsabilité de l'avenir. Il n'est garant que de l'existence matérielle du droit qu'il cède. Pour qu'il réponde de la solvabilité du débiteur, il faut qu'il y ait une promesse positive, et encore la promesse se restreint-elle au temps présent.

Voilà la règle générale (art. 1693, 1694, 1695 du code civil). Or, pourquoi l'associé qui cède une partie de son droit ne pourrait-il pas l'invoquer? Pourquoi serait-il soumis à la garantie des faits futurs, obligé de supporter seul la perte occasionnée par l'insolvabilité d'un autre associé?

Merlin a donné cette raison, que le cessionnaire n'a rien de commun avec les associés; qu'il n'a pas traité avec eux; qu'il ne les connaît pas; qu'il ne peut dès lors être responsable des faits qui leur sont personnels.

Non, sans doute, le cessionnaire n'a rien à démêler avec les associés de son cédant; ils ne se connaissent pas; les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. Mais qu'importe à la difficulté? Chaque associé doit, après épuisement du fonds capital, contribuer au payement des dettes; on ne le nie pas. Or, cette obligation ne se restreint pas à la nécessité d'une contribution réglée sur le nombre des associés. La loi prescrit elle-même qu'en cas d'insolvabilité d'un des associés, la part de l'insolvable soit répartie entre ceux qui peuvent payer. C'est une conséquence de la convention qui les lie; elle tient à la qualité d'associé, à la communauté des intérêts, à celle de la dette : comment donc l'événement qui frappe le cédant, en sa qualité d'associé, ne réfléchirait-il point sur son cessionnaire?

Dès qu'on reconnaît, et comment le nier? que la cession a pour objet non une chose actuelle, réalisée, mais une chose essentiellement éventuelle, une espérance, une position aléatoire; il en résulte, à moins qu'on ne dépouille la convention de ses effets nécessaires, que le vendeur a échangé contre un prix actuel les chances que lui gardait l'avenir; que l'acheteur, moyennant ce prix, s'est substitué partiellement à l'associé. Au lieu d'un intéressé, il y en a deux, mais il n'y a qu'un intérêt, et dès lors, tous les résultats, heureux ou malheureux, sont communs aux parties.

Si le droit cédé ne se sépare pas immédiatement du droit que se réserve le cédant, et si le cessionnaire ne vient pas l'exercer directement, cela tient uniquement à la nature du contrat de société, qui ne permet pas de substitution de personnes; mais cette interdiction n'est établie que dans l'intérêt des associés. La distinction de Merlin entre les faits qui concernent la société même, l'être moral, et les faits des associés, est une pure subtilité. Qu'importe la cause du dommage, quand, en remontant à son principe, on n'en peut signaler d'autre que la qualité d'associé?

Dans un seul cas la responsabilité du cédant serait engagée envers le cessionnaire : c'est le cas où l'insolvabilité lui serait imputable; où, par exemple, chargé de recouvrer la part contributoire de l'associé, tombé depuis en ruine, il y aurait mis de la négligence. Mais cela ne touche pas à la question : ce ne serait plus que le mandataire subissant la peine de sa faute.

Les deux arrêts du parlement de Douai, que Merlin invoque à l'appui de son opinion, sont d'une application fort contestable.

Le premier, celui du 7 janvier 1763, se borne à ordonner une liquidation entre un associé et le cessionnaire de partie de son intérêt dans une entreprise de fourniture d'avoine. Le cédant, pour retarder cette opération, alléguait que le compte général de l'entre-

prise avec les associés n'était pas fait. L'arrêt rejette l'exception, et *ordonna aux parties d'entrer en compte et liquidation.*

Or, qu'y a-t-il là qui soutienne ou contredise la doctrine que nous embrassons? Est-ce que l'arrêt enlève au cédant, si l'insolvabilité de quelqu'un des associés l'oblige à supporter une perte quelconque, la faculté de la porter en compte? Les parties n'avaient pas même soumis au juge cette question.

L'arrêt a appliqué la loi 22 au D. *Pro socio. Item certum est nihil vetare priùs inter eum qui admiserit et eum qui admissus fuerit, societatis judicio agi, quàm agi incipiat inter cœteros et eum qui admiserit.*

Principe sage, et dont l'unique objet est de ne pas laisser le cessionnaire à la merci du cédant, exposé à voir son droit compromis dans son exercice, par des combinaisons contre lesquelles il n'aurait pas de garantie. Mais, encore une fois, quelle liaison nécessaire y a-t-il entre l'obligation de répartir également la perte, et la règle qui rend l'action du cessionnaire indépendante de l'action du cédant contre les associés?

Le deuxième arrêt du 27 juillet 1782, juge précisément le contraire. Il décide « que les créanciers unis de Thiboul (nous copions) supporteront vis-à-vis de Lemoine, dont leur débiteur avait été croupier dans une entreprise, sa quote-part dans le surcroît de charge avenu par l'insolvabilité des associés. »

Merlin lui-même constate que l'acte de cession était muet sur ce point; et il suppose, pour plier l'arrêt à sa doctrine, que cet acte avait toujours été exécuté comme s'il eût contenu la convention que le cessionnaire entrerait dans le surcroît de charge résultant de l'insolvabilité des membres de la société principale. Mais sur quoi se fonde cette supposition? Est-ce qu'il a pu s'agir de la nature et de la quotité des pertes avant la cessation de l'entreprise? Est-ce que ce n'est pas au moment de la liquidation seulement, que le débat pouvait s'engager, parce qu'alors seulement se révélait, de la part de tel ou tel associé, l'impuissance de satisfaire à ses obligations?

Non : l'arrêt n'est pas fondé sur une exécution qu'on aurait considérée comme l'interprétation de la volonté des parties; il consacre simplement le principe, que la condition du cédant et du cessionnaire est la même; qu'enchaînés par le même contrat, ils en subissent également les chances; que l'une de ces chances est le surcroît de charges amené par l'insolvabilité de quelques-uns des membres de la société.

Le seul devoir du cédant, c'est d'exercer l'action que la loi lui donne, en compensation de ce qu'il paye pour l'associé devenu insolvable, et cette condition accomplie, il échappe à toute garantie. Les événements qui modifient l'intérêt social en bien ou en mal, frappent également tous ceux auxquels cet intérêt appartient, quelque différence qui existe d'ailleurs dans leur position à l'égard de la société. Il ne faut pas voir les personnes, mais la part sociale avec les fortunes diverses qui l'affectent (**Add.** Troplong, n° 762).

199. Le cessionnaire ne peut, à moins que le statut social n'autorise les substitutions de personnes, s'immiscer dans les affaires de la société. Mais si cependant il profite de la tolérance des associés, ou de la facilité du cédant, pour prendre part à la gestion, quel sera son sort? Devra-t-il être considéré comme associé, obligé, par conséquent, s'il s'est procuré un bénéfice, de le rapporter à la masse; s'il a reçu d'un débiteur de la société le payement d'une somme qui lui était due, d'en verser dans la caisse sociale une part proportionnelle à la créance de la société; s'il a commis une faute, enfin, de la réparer comme y serait tenu le gérant?

Non : à quelque source que le cessionnaire ait puisé son pouvoir, les règles destinées à régir les associés entre eux ne sont pas applicables. Si sa participation à la gestion est le résultat du consentement tacite des associés, il doit un compte de mandat, rien de plus. Le fait ne supplée pas au droit; et de même que le cessionnaire ne pourrait exciper de la tolérance des associés pour s'attribuer les droits et la qualité d'associé, on ne peut exciper contre lui des actes qu'il a faits pour lui imposer des devoirs sans compensation. Les positions doivent être égales (**Add.** Troplong, n° 750).

200. Si le cédant a autorisé le cessionnaire à le remplacer dans la gestion, et qu'il y ait commis des fautes, la responsabilité pèse sur le cédant. Le mandataire répond de celui qu'il s'est substitué dans la gestion, quand il n'a pas reçu le pouvoir de se substituer quelqu'un. La loi, d'ailleurs, autorise les associés à agir directement contre le cessionnaire, s'ils y trouvent de l'avantage (art. 1994 du code civil) (**Add.** Troplong, n° 760).

201. A la dissolution de la société, le cessionnaire entre dans la plénitude de son droit. Il n'est plus condamné dès lors à un rôle passif, il peut agir en son nom personnel, et prendre une part directe à la liquidation. S'il est juste et convenable que des tiers ne puissent, sans l'assentiment des parties contractantes, s'introduire dans la société pour changer les rapports communs, et peut-être y jeter le désordre, il n'y a pas de raison pour qu'au moment où le contrat finit, et quand il ne s'agit plus que de fixer la position de chacun, ces tiers ne soient présents, afin de veiller à ce qu'une liquidation frauduleuse ne convertisse le profit en perte, ou ne mette à leur charge une dette hors de proportion avec leur intérêt.

202. Si l'associé peut céder en tout ou en partie les droits inhérents à sa qualité, il peut également céder un des objets compris dans l'actif social; mais il faut bien se pénétrer des restrictions et des éventualités attachées à une cession de cette nature. L'associé ne peut transporter à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même; jusqu'à la dissolution de la société, la propriété de tout ce qui compose le fonds social appartient à la société; la société cessant, l'associé ne peut s'emparer de la chose vendue par lui, qu'autant qu'elle tombe dans son lot; l'espérance qu'il a de l'obtenir est donc la seule matière du contrat. Si le sort se montre favorable, si l'objet cédé est attribué au cédant, le cessionnaire se l'approprie; dans le cas contraire, la convention n'a pas d'effet. L'associé cédant est censé n'avoir jamais eu aucun droit à la chose dont l'événement du partage enrichit un autre associé.

203. Mais si, du cédant au cessionnaire, la convention suffit pour transporter de l'un à l'autre les résultats de la liquidation, en est-il de même à l'égard des créanciers de l'associé, et suffit-il, pour écarter toute réclamation de leur part, d'un acte régulier?

Deux arrêts, l'un de la cour de Paris, l'autre de la cour de Toulouse, du 24 novembre 1832, ont jugé que lorsque des droits successifs avaient été cédés, la signification de l'acte aux cohéritiers était inutile, la cession n'ayant pas pour objet des droits cédés *sur eux*, et la seule condition exigée pour attribuer à la convention tous ses effets, étant une date certaine.

Duvergier, raisonnant par analogie, et assimilant l'associé au cohéritier, en tire la conséquence que la cession faite par un associé de tout ou partie de ses droits, n'a pas besoin de signification, et qu'il suffit d'un acte ayant date certaine pour protéger le cessionnaire contre toute prétention des créanciers personnels du cédant.

Cette solution est-elle fondée ?

Une première observation se présente, digne de fixer au plus haut degré l'attention : c'est qu'en admettant comme exacte l'assimilation du cohéritier et de l'associé, il s'en faut bien que la question soit décidée.

Si les cours de Paris et de Toulouse ont jugé qu'une cession de droits successifs ayant date certaine, pouvait, indépendamment de toute signification, être opposée aux tiers, et si Troplong, dans son *Commentaire de la Vente*, approuve et confirme cette opinion, la cour de Montpellier a jugé en sens contraire, le 30 mars 1834, et sur le recours en cassation, un arrêt de rejet a été rendu le 21 juillet 1835 ;

« Attendu que la disposition de l'art. 1690 du code civil ne s'applique pas seulement au transport des créances, mais qu'elle s'applique aussi au transport des droits ou actions sur un tiers, et, en général, de tous les droits incorporels qui forment la matière du chap. II, tit. VI, liv. III, du code civil, et qu'au nombre des droits de cette nature, l'art. 1696 comprend la vente d'une hérédité, sans spécification en détail des objets qui la composent ; qu'il suit de là qu'en décidant que le transport fait à Calsat, par Anne Coudere, des droits et biens afférents à cette dernière dans la succession de ses père et mère, était soumis à la formalité de la signification, pour opérer la saisine à l'égard des tiers, et qu'en l'absence de cette formalité, les mariés Fournier avaient pu valablement traiter desdits droits avec ladite Anne Coudere leur cohéritière, l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé l'article 1690 du code civil, n'a fait qu'une juste et saine application tant de cet article que des art. 1691 et 1696 dudit code. »

La cour de cassation avait déjà jugé, le 19 novembre 1819 (1), qu'une cession de droits légitimaires faite à un étranger ne pouvait être considérée que comme une cession de créance, dans le sens des articles 1690 et 1691 du code civil, et qu'une signification était indispensable pour saisir le cessionnaire du droit à l'égard de l'héritier débiteur de la légitime.

Ainsi, et même en concédant à Duvergier son point de départ, l'assimilation entre l'héritier et l'associé, la difficulté serait grave, car la jurisprudence de la cour de cassation est contraire à son opinion sur l'inutilité d'une signification, quand le transport a pour objet des droits héréditaires.

Mais cette assimilation est-elle admissible ?

Aux termes des art. 718 et 724 du code civil, les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens et actions du défunt. Au moment même où l'auteur commun cesse de vivre, par la seule puissance de la loi, et sans qu'il soit besoin d'accomplir aucune formalité, la propriété de son patrimoine passe à ses héritiers : *le mort saisit le vif* ; et, dans l'impossibilité d'assigner immédiatement à chacun la part qui lui revient, leur droit s'applique réciproquement à toutes les parties de la succession : *In toto jus consistit et in quâlibet parte*. Or, les opérations destinées à faire cesser l'indivision, n'ayant d'autre objet que de limiter le droit en le centralisant, n'en changent pas la nature. Après comme avant la liquidation, c'est un droit de propriété. La loi l'exprime énergiquement quand elle déclare que l'héritier est censé avoir recueilli, dès l'ouverture de la succession, les biens dont son lot se compose, et en avoir toujours été maître.

Mais qu'y a-t-il de commun entre cette position et celle de l'associé? Tant que le contrat dure, et la question ne peut se présenter dans un autre cas, la société forme un être moral, indépendant des associés, ayant son individualité, sa fortune, ses droits et ses obligations. Le fonds capital appartient à la société seule ; l'associé n'y a qu'un droit éventuel, une espérance, et c'est au jour de la dissolution seulement que, devenant copropriétaire, il acquiert un droit réel sur le patrimoine indivis de la société.

Or, si tel est le principe, et personne ne le nie, puisque la distinction entre la société et les associés est la base fondamentale du contrat : *Societas vices personæ fungitur* ; n'est-il pas évident qu'entre l'associé cédant et son cessionnaire, il y a une tierce personne, la société, sur laquelle le droit cédé doit s'exercer ; que ce droit est incorporel tant que la dissolution n'a pas eu lieu ? Et ne faut-il pas conséquemment exiger, pour la validité du transport envers les tiers, que la signification imposée par les articles 1689 et 1690 du code civil soit accomplie?

Quel but, en effet, la loi s'est-elle proposé, quand elle a prescrit la signification des actes portant cession de créances, de droits ou d'actions, et qu'elle en a fait dépendre l'efficacité du contrat à l'égard des tiers? En fait de meubles, la possession vaut titre ; la possession suppose la propriété ; elle en est l'image et le symbole. Or, si le dessaisissement du propriétaire primitif n'est pas apparent, comment empêcher l'erreur ou prévenir la fraude ? Les art. 1141, 1689 et 1690 du

(1) Cet arrêt est remarquable par sa rédaction, et mérite d'être cité : « La cour ; — attendu que lorsque le transport d'une créance sur un tiers, d'un droit ou d'une action, a été faite à deux personnes différentes, il faut, conformément aux articles 1689, 1690 et 1691 du code civil, qui ont confirmé l'ancienne législation en cette matière, distinguer l'effet qu'un transport opère entre le cédant et le cessionnaire, et celui qu'il peut produire à l'égard des tiers ; que la délivrance s'opère entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre ; mais que le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport ; en sorte que si, avant que le cédant ou le cessionnaire eût signifié le transport au débiteur, celui-ci avait payé le cédant, le débiteur sera valablement libéré ; que dans l'espèce de l'arrêt dénoncé, où il s'agit de deux cessions des droits légitimaires de Louis Estrau, savoir : la première qui avait été faite par le procureur fondé dudit Louis Estrau à Bruno-Barrel ; la deuxième qui avait été consentie par Louis Estrau en personne, en faveur de Jean-Pierre Estrau, héritier général du père commun, il est constaté par l'arrêt que Bruno-Barral n'avait signifié son titre à Jean-Pierre Estrau, que plus de trois mois après que ledit Jean-Pierre Estrau avait acquis de son frère Louis les mêmes droits légitimaires, et lui en avait payé le prix ; d'où il résulte, d'après les art. 1689, 1690 et 1691 ci-dessus cités, que Bruno-Barrel ne peut pas se prévaloir de son titre contre Jean-Pierre Estrau ; qu'en vain on oppose que les droits légitimaires ne peuvent pas être assimilés aux droits incorporels pour ce qui concerne le transport ; que les enfants sont propriétaires de ce qui leur revient en nature pour la légitime, soit dans les meubles, soit dans les immeubles ; qu'ainsi l'acquéreur de droits légitimaires est saisi à l'instant où le transport lui est fait ; qu'il est saisi même à l'égard du tiers, sans avoir besoin de lui faire une signification ; qu'il faut se reporter à la législation qui régissait la succession Estrau, laquelle s'était ouverte en pays de droit écrit avant les lois nouvelles ; que, d'après cette législation, l'héritier général était saisi de l'universalité des biens ; qu'il devait, à la vérité, satisfaire les légitimaires qui avaient droit à une quote des biens, mais que la fixation du montant de cette quote, et des objets que les légitimaires pouvaient exiger en nature étant subordonnée à la liquidation, ils n'étaient, en attendant, saisis de la possession d'aucun objet dépendant de la succession, et que conséquemment le transport des droits légitimaires ayant porté, non sur un immeuble ou autre objet déterminé, mais sur une universalité de droits non encore liquidés, il n'était autre qu'un transport de créances, droits ou actions, et régi par les mêmes règles ; — rejette, etc. (SIREY, XXI, 1, 321).

code civil ont pourvu au danger. S'il s'agit de meubles corporels, la vente ne suffit pas pour en transporter à l'acquéreur la propriété irrévocable. Il faut la tradition réelle; ou le possesseur, réputé propriétaire à l'égard des tiers, peut faire valablement une seconde vente. La préférence appartient à celui des acheteurs qui a la possession de bonne foi.

S'agit-il de meubles incorporels, l'échange le plus régulier des consentements entre le vendeur et l'acheteur ne suffit pas non plus à la transmission de la propriété relativement aux tiers. Il faut que le cessionnaire s'approprie la chose qu'on lui cède; que la créance, le droit ou l'action qui font la matière du contrat, passent ostensiblement dans sa main, et qu'en même temps le droit du vendeur soit éteint. La signification du transport fait au débiteur, ou son acceptation par acte authentique répond à ce besoin. C'est qu'en effet il n'y a plus, ces formalités accomplies, de confusion à craindre. Le nom du cédant s'efface devant celui du cessionnaire. Il y a substitution matérielle du nouveau créancier à l'ancien; c'est une novation complète.

Or, comment ne pas reconnaître que ces conditions de signification ou d'acceptation par acte authentique, instituées pour protéger les tiers, et le débiteur contre lequel réfléchit l'exercice du droit cédé, et les créanciers personnels du cédant, s'appliquent nécessairement au transport que fait l'associé de son droit dans la société?

Supposez qu'après la cession la société qui n'en est pas instruite traite avec l'associé, et que moyennant un prix qu'elle compte à l'instant même, elle achète sa renonciation au titre même d'associé, ne sera-t-elle pas libérée par le payement, et devra-t-elle, ou payer une seconde fois, ou conserver au cessionnaire une position volontairement abdiquée par son auteur?

Personne n'oserait, il nous semble, soutenir la dernière de ces opinions, et cependant c'est la conséquence directe de la doctrine émise par Duvergier. Le cessionnaire dira avec lui que ce n'est pas un droit, une action *sur un tiers* qu'il a acquise, mais une fraction indéterminée dans le patrimoine de la société; que les associés ne sont pas créanciers les uns des autres, mais appelés au même titre à recueillir dans une proportion quelconque des choses indivises; qu'il n'y avait pas dès lors de signification à faire, et qu'il suffit de représenter un acte ayant date certaine pour invalider les arrangements ou les payements dont a profité l'associé, quand il était dessaisi de ses droits... Encore une fois ce langage ne serait pas écouté. Le défaut de signification élèverait contre les réclamations du cessionnaire une insurmontable exception.

Or, si la signification est nécessaire du cessionnaire aux associés, et s'il n'y a pas d'autre moyen légal d'assurer l'effet du transport, comment en serait-il autrement à l'égard des créanciers personnels du cédant? Est-ce qu'il y a une distinction à faire? Est-ce que l'acheteur peut être saisi envers eux par cela seul que la cession a une date certaine, quand, malgré cette circonstance, il ne l'est pas envers la société?

La signification n'est exigée que dans l'intérêt du tiers contre lequel le droit cédé doit s'exercer; et c'est parce qu'après la signification ou l'acceptation par acte authentique, le titre du cédant est éteint, et que le débiteur engagé directement envers le cessionnaire, ne peut plus payer à d'autres, que toute action est interdite aux créanciers personnels du cédant, quand la cession est de bonne foi. Les effets de la saisine sont indivisibles; mais par cela même, s'il n'y a pas de saisine, les créanciers sont autorisés à considérer comme propriété de leur débiteur tout ce qui se rattache à lui par un lien apparent; or, un acte de cession même authentique ne détruit pas l'apparence; on ne peut donc le leur opposer.

Ajoutons à cela que, quelle que soit la composition du fonds social, qu'il consiste en argent, en marchandises, en immeubles, l'intérêt de chaque associé individuellement est réputé chose mobilière, tant que la société dure; et on se convaincra d'autant plus, que pour acquérir la propriété incommutable d'un droit qui se réduit légalement, au jour du contrat, à une action pour intervenir au partage, il y a nécessité de signification. Que le droit s'exerce sur un particulier ou sur une société, qu'importe? Le résultat n'est-il pas le même pour les créanciers; et n'ont-ils pas le plus grand intérêt à empêcher que, par des actes tenus en réserve, on ne les prive inopinément du gage dont la perspective a déterminé leur confiance? (**Add.** Troplong, n° 765.)

204. En résumé donc, l'intérêt des associés comme celui des tiers, la nature du droit inhérent à la qualité d'associé, son objet et le mode d'exercice qui lui est propre, rendent une signification nécessaire. Le cessionnaire ne peut être définitivement investi des droits du cédant qu'à cette condition. Jusqu'à la signification ou l'acceptation par acte authentique, il n'a qu'une action provisoire, contestable, et dont le cédant lui-même ou ses créanciers peuvent détruire l'utilité. La signification est le complément et la garantie du transport.

Avons-nous besoin de le dire? Ces observations ne s'appliquent point à la cession des actions au porteur dans les sociétés en commandite ou dans les sociétés anonymes. La remise du titre suffit seule pour transmettre à l'acquéreur tous les droits de l'associé qui vend.

205. Après le partage, si le lot du cédant comprend des droits ou créances contre des tiers, le cessionnaire doit également signifier à ces tiers le transport qui lui a été fait, pour empêcher, ou qu'ils ne payent entre les mains du cédant, ou que, dans l'ignorance du partage, ils ne se libèrent dans les mains des liquidateurs de la société dissoute.

Ce n'est plus ici une précaution contre les créanciers personnels du cédant, car la signification primitive a élevé contre leurs prétentions une infranchissable barrière; mais contre le cédant lui-même et contre les associés, pour empêcher qu'ils n'abusent, le premier, des termes du partage qui, fait avec lui, l'investit en apparence de la propriété des créances dont s'est formé son lot; les autres, de la qualité de gérants qui, jusqu'à la dissolution et au partage, leur conférait le droit exclusif de toucher les sommes dues à la société. Duvergier reconnaît qu'en ce cas la signification est indispensable, puisque autrement le cessionnaire ne serait pas saisi à l'égard des débiteurs (**Add.** Troplong, n° 766).

DEUXIÈME PARTIE.

COMMENTAIRE

DU TITRE III, LIVRE I DU CODE DE COMMERCE.

Art. 19. La loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales :
La société en nom collectif,
La société en commandite,
La société anonyme (*c*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 18. *La loi reconnaît quatre espèces de sociétés commerciales :*
La société en nom collectif,
La société en commandite,
La société en participation,
La société par actions (*a*).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 18. Conf. à l'art. 19 du code (*b*).

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 13. Cette disposition est plus exacte que celle du projet de code civil, qui ne distingue que trois espèces de sociétés, et ne s'occupe pas de la société par actions.

TRIB. DE PARIS. — L'art. 13 distingue quatre espèces de sociétés commerciales. Savary et les autres qui ont écrit sur le commerce, n'en ont connu que trois, qui sont les trois premières indiquées par l'article : la société en nom collectif, la société en commandite et la société en participation ; mais c'est avec raison que les auteurs du projet en ont distingué une quatrième, qui a véritablement des caractères particuliers, et qu'ils ont appelée société par actions ; la commission désirerait seulement que, dans les articles subséquents, les quatre espèces de sociétés eussent été mieux désignées et mieux définies.

TRIB. D'ORLÉANS. — L'art. 13 du code civil ne reconnaît que trois espèces de sociétés de commerce ; il ne parle point de la société par actions indiquée par celui-ci et qui, dans l'art. 20, est dite être anonyme. Il appelle société anonyme ou inconnue celle en participation. On aura sûrement attention de ne pas laisser introduire ces disparates dans la rédaction de ces deux codes, qui n'en font en quelque sorte qu'un, le code de commerce pouvant être considéré comme appendice du code civil.

TRIB. DE DIJON. — Le code civil contient les règles générales relatives aux sociétés ; si les principes en sont adoptés, toutes nouvelles définitions, tous principes nouveaux deviennent inutiles à établir ; il ne s'agit que d'en faire l'application au commerce, et ce dernier code ne doit plus contenir que quelques dispositions, en quelque sorte réglementaires, quelques dispositions qui, sans contredire les principes du code civil, seraient néanmoins particulières au commerce.

D'après cela, comment se fait-il que l'article 13 reconnaisse quatre espèces de sociétés, tandis que le code civil n'en distingue que trois ?

D'un autre côté, comment l'art. 38 peut-il dire : « Toutes les dispositions du code civil concernant les sociétés, et auxquelles il n'est point dérogé par la présente loi, auront leur plein et entier effet ? » On ne conçoit pas comment la présente loi, qui doit dériver du code civil, qui n'en doit être que le développement, peut y déroger.

TRIB. DE BOURGES. — 5me alinéa. Il paraît inutile, et il pourrait entraver quelques opérations de commerce.

En effet, les sociétés par actions sur des objets qui, intéressant le gouvernement, sont soumis à sa surveillance, ne peuvent jamais se former sans son autorisation.

Et, d'un autre côté, dans les pays de commerce, il se contracte journellement des sociétés par actions sur des spéculations particulières, indépendantes de la surveillance du gouvernement ; les soumettre à la nécessité d'obtenir l'autorisation, ce serait gêner la liberté du commerce.

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE NANTES. — *Société en participation, société par actions.*

Supprimer ce qui concerne ces deux sortes de sociétés.

La première, qui n'est qu'un compte en participation, n'est pas une véritable société.

La seconde rentre dans la classe des sociétés en commandite.

TRIB. DE SAINT-BRIEUC. — La loi ne devrait point parler des sociétés en participation. Comme ces sociétés n'ont qu'une existence passagère, qu'elles naissent de la circonstance et finissent avec elle, qu'elles peuvent se renouveler vingt fois entre les mêmes personnes ou entre des personnes différentes, elles doivent être nécessairement libres et secrètes ; vouloir les soumettre à des formes et leur donner de la publicité, c'est vouloir les anéantir. D'ailleurs pouvant se constater, suivant l'art. 19, par la simple correspondance, comment pourra-t-on déposer au greffe l'extrait exigé par l'art. 23 ? N'y a-t-il pas contradiction entre ces deux articles, et cette contradiction ne prouve-t-elle pas de plus en plus la vérité de notre observation ?

TRIB. DU HAVRE. — Cet article indique quatre espèces de sociétés ; il n'y en a réellement que deux, celle en nom collectif et celle en commandite.

La société en participation n'est qu'éventuelle et éphémère ; elle ne dure qu'autant que l'occasion qui y a donné lieu subsiste. Elle s'éteint quelquefois dans le jour, dans l'instant même où elle a été formée. Faire un achat, une vente, un marché de quelque espèce que ce soit, en participation, ne constitue pas l'acte de société, ne confère pas aux contractants la qualité d'associés. Il n'y a même pas ordinairement entre eux de solidarité ; chacun, le plus souvent, agit en son nom et pour son compte particulier, et même dans des proportions différentes. Ce ne sont que des opérations dont les conditions sont communes à deux ou plusieurs personnes, et qui ne produisent d'autre effet que d'établir entre elles un compte respectif, dont l'apurement remet chacun à sa place, sans laisser subsister aucune liaison d'intérêt.

La société par actions rentre dans la catégorie de la com-

mandite, puisque chacun des associés ne peut être assujetti au delà de sa mise.

Trib. de Genève. — On estime qu'il conviendrait de supprimer dans cet article ces mots, *la société en participation*; on se fonde sur ce que cette société est toujours censée inconnue au public; en conséquence, toutes les opérations y relatives n'engagent que celui des intéressés qui contracte; il n'y a donc aucune solidarité ni responsabilité envers des tiers.

Si cette observation était admise, elle entraînerait la suppression de l'art. 19.

Les tribunaux de Lyon et de Tulle demandent la suppression de la quatrième espèce, la société en participation.

OBSERVATIONS DE LA COMMISSION DE RÉVISION.

Art. 13 à 19. Le projet du code civil, qui contient une définition des sociétés commerciales, n'a fait mention que de trois espèces :

La société en nom collectif;
La société en commandite;
La société anonyme ou inconnue.

Nous sommes d'accord avec les auteurs du projet, sur les deux premières espèces, mais nous avons différé sur la dénomination de la troisième.

La société qu'ils nomment inconnue ou anonyme a été désignée par nous sous le nom de société en participation, qui nous a paru être sa véritable désignation. Bien que Savary, Jousse et presque tous les commentateurs de l'ordonnance aient adopté la première, nous avons remarqué qu'ils n'avaient considéré les différentes espèces de sociétés commerciales qu'en raison de leur assujettissement à la formalité de l'enregistrement; et celle qui était dispensée de cette formalité n'a dû sa qualification d'anonyme qu'à cette circonstance.

Cette espèce de société est effectivement inconnue tant qu'elle ne donne lieu à aucune contestation; la durée de son existence est presque toujours incertaine, car elle n'a lieu que passagèrement, pour une opération dont la liquidation termine tout.

C'est sans doute par cette raison que plusieurs villes de commerce ont considéré les dispositions relatives à cette espèce d'association comme superflues, par la raison qu'elle est assez connue pour se passer de la règle et de la protection de la loi.

Ce raisonnement se détruit par lui-même; c'est sur les transactions les plus habituelles que la loi doit être plus attentive, et sa protection plus immédiate.

Cette société ne peut être constatée par un contrat, elle ne peut être assujettie à aucune formalité; dans les cas de contestation de la part de l'un des contractants, la simple correspondance est admise comme preuve. Nous avons cru devoir persister dans le maintien de cette disposition; nous y avons même ajouté une disposition nouvelle qui nous a paru nécessaire : c'est l'admission de la preuve testimoniale, si le tribunal croit devoir l'admettre. Cette addition est la conséquence d'une correction que nous avons faite au titre *des achats et ventes*, et qui était universellement réclamée.

(b) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Exactitude de la division tripartite que fait cet article, et motifs de conserver à chaque espèce de société sa dénomination.

Merlin attaque la division tripartite qu'établit cet article. Il soutient qu'il n'existe que deux espèces de sociétés :

La société collective qui unit plusieurs associés sous un nom social;

La société anonyme, qui ne porte qu'un nom unique et dans laquelle rentre la société en commandite.

Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit qu'il y a plusieurs différences entre la société anonyme et la société en commandite.

Dans la première, les associés ne sont pas invariablement fixés. La possession des actions leur donne le titre; la vente des actions les en dépouille. Le gérant peut n'être pas associé; il n'est pas responsable sur ses biens, même quand il est associé; le nom social peut n'être désigné que par l'objet de la société. Dans la seconde, il y a nécessairement un associé gérant et responsable sur tous ses biens. Les autres sont des associés qui ne sont pas solidaires, et n'engagent que les fonds qu'ils mettent ou s'obligent de mettre en société.

Dans la société anonyme on ne peut connaître les associés entre lesquels elle est formée; quand ils sont connus, ils peuvent gérer sans responsabilité, sans solidarité générale. Dans la société en commandite, le commanditaire n'est pas caché; il est nommé dans l'acte de société; il répond directement, quoique seulement en proportion de sa mise; enfin, il ne peut gérer sans devenir associé pur et simple, et solidaire.

Merlin admet ces définitions; mais il ne convient pas qu'il puisse y avoir société en commandite entre deux personnes seulement, dont l'une gère sous un nom social, car ce nom annonce au public une société collective; et par cela seul qu'un négociant signe *un tel et compagnie*, il manifeste au public qu'il a au moins un associé non commanditaire. On sait bien que, dans quelques places de commerce, on s'est habitué à l'emploi du nom social, alors même qu'il n'existe qu'une société en commandite entre deux personnes; mais cet usage est une source de surprises que l'on ne peut prévenir qu'en le proscrivant; car on ne le préviendrait pas en ordonnant que la société en commandite sera enregistrée. Elle ne doit pas l'être, et l'ordonnance de 1673 ne l'exigeait pas, parce qu'il faut laisser au commanditaire la facilité de demeurer ignoré. La société en commandite a donc tous les caractères de la société anonyme.

Bégouen dit que le public ne peut être trompé par l'usage qu'on fait d'un nom social. Celui qui forme l'entreprise est toujours obligé de faire enregistrer la société. Si ses associés sont solidaires, il le déclare; s'il a un ou plusieurs associés commanditaires, il ne les nomme pas, mais il déclare quelle est leur mise, et cette déclaration est la seule chose qui importe au public et forme sa garantie.

Louis pense que les dénominations qu'on trouve dans le projet sont équivoques; il n'y a pas réellement de société anonyme; et quant aux sociétés en commandite, elles se forment ordinairement par actions.

On pourrait donc établir trois espèces de sociétés :

La société solidaire;
La société mixte;
La société sans nom.

Cretet ne trouve aucun avantage à repousser les dénominations usitées et parfaitement entendues.

Si l'on veut changer les choses, il y a plus d'inconvénient encore; la société en commandite n'existe qu'en France; elle n'est pas usitée en Angleterre, et on l'y désire généralement. C'est une combinaison utile et ingénieuse pour associer à une entreprise les capitaux de ceux qui ne veulent pas en partager indéfiniment les chances.

On dira que, dans ce contrat, les choses ne sont pas égales entre les associés; que le commanditaire partage dans tous les bénéfices, tandis qu'il ne s'expose qu'à des pertes limitées.

Mais si on lui refusait ces conditions, ses capitaux ne tourneraient pas au profit du commerce; et d'ailleurs, il y a une véritable compensation, en ce qu'il ne lui est pas permis de gérer.

La loi ne s'était pas assez expliquée sur l'effet de ces sortes de contrats. La jurisprudence seule a établi qu'en cas de faillite de la société, le commanditaire pourrait être poursuivi pour verser sa mise, s'il ne l'avait pas encore fournie. Le projet consacre ce principe, et ne laisse plus de prise au doute.

L'Archichancelier dit qu'il est utile de conserver des dénominations qui sont connues, et de leur laisser les effets qu'elles ont toujours eus.

On pourrait même écarter tous ces articles de doctrine; les définitions sont très-bien placées dans un traité; dans une loi on ne doit trouver que des dispositions.

Pourquoi la société en participation n'est pas comprise dans l'énumération que l'article présente.

Treilhard dit que cet article, qui n'admet que trois espèces de sociétés, semble ne pas s'accorder avec l'art. 42, qui parle en outre de la société en participation.

Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit qu'il s'agit dans l'article 20 de sociétés formées pour une suite d'opérations, et que la société en participation n'est qu'une association pour une affaire du moment.

Bérenger dit que ces deux espèces de sociétés sont d'une nature tellement différente, que deux sociétés permanentes peuvent contracter ensemble une société en participation, sans se fondre l'une dans l'autre.

OBSERVATIONS DES SECTIONS RÉUNIES DU TRIBUNAT.

On s'est d'abord demandé pourquoi les associations en participation n'avaient pas été comprises, comme un quatrième genre de société, dans l'art. 20, et l'on a reconnu qu'il y en avait eu une juste raison.

C'est que l'association en participation n'est qu'un marché d'un moment, relatif à quelque opération passagère, et qu'en cela elle diffère de la société, dont le lien plus durable forme entre les associés une communauté d'intérêts continus.

Pour mieux faire ressortir à cet égard l'intention et les motifs de la loi, on pense que cet article et tous ceux où il est question des associations en participation, doivent être reportés à la fin du titre, pour former comme une classe à part, de sorte qu'on aura de suite et sans confusion, d'abord tout ce qui regarde les sociétés indiquées par l'art. 20, et ensuite tout ce qui concerne les associations en participation.

Les articles à transporter ainsi sont les art. 41, 42, 45 et 50 (47, 48, 49 et 50 du code).

Les observations de détail particulières à chacun de ces articles, seront également transportées à la fin du titre.

(c) MOTIFS.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) : « Le titre III traite *des sociétés*.

» L'ordonnance semblait n'en reconnaître que deux : la société générale et la société en commandite ; encore les règles de cette dernière étaient-elles mal établies.

» Les rédacteurs en avaient ajouté deux autres : la société par actions et la société en participation ; et ainsi, en reconnaissaient de quatre sortes.

« Nous les avons réduites aux trois premières, comme le code Napoléon, parce que la société en participation n'est qu'un acte passager, qu'une convention qui s'applique à un objet unique, et qui, ne reposant pas sur les mêmes bases, ne peut avoir les mêmes résultats que les trois autres genres d'association. »

JARD PANVILLIERS, orateur du tribunat : « Enfin, la loi reconnaît aussi une espèce de société qu'on appelle association commerciale en participation ; mais comme cette association n'est que momentanée, qu'elle n'a pour objet qu'une ou un petit nombre d'opérations déterminées, et qu'elle se règle par les conventions des parties, elle n'est point sujette aux formalités prescrites pour les autres sociétés, qui, d'ailleurs, ont toutes un avantage commun, celui de faire juger par des arbitres leurs contestations, c'est-à-dire les contestations qui s'élèvent entre les associés d'une même société, et pour raison de cette société. On sent combien il importe aux intérêts du commerce, et particulièrement à celui des associés, que de pareilles contestations ne subissent pas l'instruction, ni les lenteurs d'un jugement ordinaire. Une décision rendue par des arbitres choisis par les parties, sera bien plus prompte ; elle sera plus éclairée par la facilité qu'auront les arbitres de recueillir toutes les notions nécessaires pour fixer leur opinion ; elle portera plus le caractère de conciliation qui calme les haines entre des individus qui finissent par se soumettre volontairement aux principes de la justice. »

§ I. — SOCIÉTÉ EN NOM COLLECTIF.

Art. 20. La société en nom collectif est celle que contractent deux personnes ou un plus grand nombre, et qui a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 14. *La société en noms collectifs se contracte par deux ou plusieurs personnes, pour faire le commerce sous un nom social.*

Les associés sont solidaires pour toutes les dettes de la société (a).

PROJET REVISÉ. — Art. 14. Conf. à l'article ci-dessus, sauf l'intercalation du paragraphe : « *Le nom des associés peut seul faire partie du nom social.* »

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 19. *La société en nom collectif se contracte par deux ou plusieurs personnes pour faire le commerce sous un nom social.*

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE PARIS. — Art. 14. On n'a rien à dire sur cet article, si ce n'est que les mots *en noms collectifs* doivent être mis dans cet article comme dans le précédent et dans ceux qui vont suivre, au singulier et non au pluriel ; c'est peut être une faute d'impression.

TRIB. DE LIÉGE. — Art. 14. Les associés sont solidaires pour toutes les dettes de la société ; le corps social doit être d'abord actionné et mis en défaut ; mais le jugement peut être individuellement exécuté sur chacun des membres de la société.

Les tribunaux de commerce doivent rassurer les créanciers en simplifiant les formes de la procédure, et en diminuant ainsi les frais déjà trop onéreux aux parties. C'est d'après ce but que cet article est rédigé.

TRIB. DE PAU. — Art. 14. Les associés sont solidaires pour toutes les dettes de la société.

Il semble que, pour éviter tout prétexte d'abuser de la généralité indéfinie de cette disposition, il conviendrait d'y ajouter la restriction suivante : *à moins que l'acte de société ne contienne quelque clause ou convention contraire.*

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. D'AURILLAC. — Cet article est conforme à l'art. 7 du titre IV de l'ordonnance de 1673. Mais il faudrait définir quelles sont les dettes de la société et rétablir ce qui a été retranché de l'article cité : *encore qu'il n'y en ait qu'un qui ait signé, au cas qu'il ait signé pour la compagnie et non autrement.*

TRIB. DE LYON. — Les associés sont solidaires pour toutes les dettes de la société, mais ne peuvent être, dans aucun cas, actionnés individuellement que lorsque le corps social aura subi une condamnation par-devant les juges compétents du lieu de sa résidence.

Parce que la créance ne peut être constatée qu'avec le corps social, qui seul a les titres et documents.

TRIB. DE BESANÇON. — Les associés sont solidaires pour toutes les dettes de la société.

Les dettes d'une société n'obligent solidairement tous les associés qu'autant qu'elles sont contractées sous le nom social ; et c'est ce que l'article exprimerait peut-être mieux en disant :

« Les associés sont solidaires pour toutes les dettes contractées sous le nom social. »

TRIB. DE GENÈVE. — Entre les art. 14 et 15, on propose un article additionnel portant « que le nom social ne pourra contenir que celui d'un ou deux des associés ayant véritablement part en la société, et qui par là même se trouvent responsables solidairement des faits de leur commerce. »

Il a pour but de prévenir l'abus de la continuation des anciennes raisons de commerce dont les gérants n'existent plus ; ce qui peut, d'un côté, compromettre leurs veuves et leurs mineurs, et, d'un autre côté, induire en erreur le public sur les véritables associés solidaires.

SOMMAIRE.

COMMENTAIRE.

206. De tous les contrats que le commerce engendre, la société collective est le plus grave, car il engage le présent et l'avenir des associés, leur industrie, leur liberté, leur honneur même. Un seul associé peut, en abusant des pouvoirs qu'il puise dans son titre, ou que la confiance des autres parties lui confère, les entraîner avec lui dans l'abîme.

207. On ne peut donc apporter trop de circonspection et de soin, avant de contracter. Savary, dans un langage dont la naïveté n'est pas un des moindres mérites, donne à cet égard les plus sages conseils.

Il veut qu'avant tout, les mœurs et la capacité soient rigoureusement appréciées ;

Qu'au moment où la convention se forme, les choses soient réglées de manière à prévenir toutes les causes de dissentiment, et que les attributions soient réparties selon l'humeur et l'intelligence de chacun ; que les plus actifs soient chargés des achats et ventes, les plus calmes du maniement des fonds et de la tenue des livres ;

Que, la convention faite, les associés aient l'un pour l'autre amitié sincère et déférence ; car il n'y a pas de succès sans harmonie (1) ;

Qu'ils soient respectivement d'une fidélité scrupuleuse ;

Quant au payement des mises, que si l'apport consiste en marchandises, elles ne soient point estimées au delà de leur valeur vénale ; s'il consiste en créances, que la solvabilité des débiteurs soit garantie ; et que, si les débiteurs font avec la société de nouvelles affaires, toute somme payée par eux s'impute sur la dette ancienne, afin d'empêcher que, par une combinaison peu loyale, l'associé dont l'apport est formé de créances ne fournisse, aux dépens mêmes de la société, le moyen d'acquitter sa dette.

Ces conseils n'ont rien perdu de leur prix en vieillissant : combien de négociants ont payé de leur repos, ou de leur fortune, des associations légèrement contractées !

208. La société collective a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale (**Add.** Voyez ci-après n° 214).

209. Sous l'ordonnance de 1673, qui désignait la société collective par l'expression de société générale, il n'était pas nécessaire qu'elle embrassât toutes les affaires de chacun des associés, ni qu'elle s'étendît à tous les objets dont peut s'alimenter la spéculation commerciale. Une société formée entre deux ou plusieurs personnes réunies ostensiblement, pour faire valoir en commun, ou leurs capitaux, ou leur industrie, ou tout à la fois leur argent et leur industrie, était une société générale.

210. Les mots de la loi nouvelle : *pour faire le commerce*, ne présentent pas un autre sens ; toute convention qui a pour objet une industrie particulière, une branche de commerce, et qui forme entre les contractants une communauté d'intérêts continus, est une société collective.

Mais si la convention se borne à des opérations prévues d'avance, et qu'elle doive durer seulement le

---

(1) « Et pour que rien ne puisse altérer la bonne intelligence « entre les associés, j'estimerais à propos qu'ils vécussent chacun « en leur particulier, parce que rarement les femmes s'accordent-elles ensemble sur les heures des repas, et sur la qualité « des viandes dont chacune voudrait avoir le choix. » (SAVARY.)

temps nécessaire pour les mettre à fin, ce n'est plus une société collective ; c'est une simple association en participation.

Cette distinction est d'une grande importance pour les tiers et pour les associés ;

Pour les tiers : car l'association en participation, ne constituant pas un être moral, n'a pas un fonds qui lui soit propre ; tandis que dans la société collective, qui ne se confond jamais avec les associés, le capital social est le gage exclusif des créances sociales.

Pour les associés : car la forme des engagements diffère selon la nature de la convention. L'association en participation résulte du seul consentement des parties, et elle se prouve indifféremment par écrit, par témoins, par les présomptions même. La société collective, au contraire, doit être constatée par écrit, rendue publique, et à défaut d'accomplissement de quelqu'une des formalités exigées par la loi, les associés peuvent, quand bon leur semble, rompre la convention (**Add.** Voy. ci-après n° 607).

211. La discussion de quelques arrêts émanés de la cour de cassation nous donnera l'occasion de préciser cette distinction. Ce n'est qu'en l'appliquant aux faits qu'on peut la mettre en relief.

En 1822, un procès s'engage devant la cour de Paris ; il s'agissait de fixer le caractère d'une société formée pour l'exploitation d'une maison de bains. La durée du contrat avait été fixée à 13 années ; mais il n'avait pas été rendu public, et l'un des intéressés en demandait la nullité.

Le 19 février, la cour de Paris rejette la demande, par le motif que la convention ne constituait qu'une participation, non assujettie aux formalités de publication, et, sur le recours en cassation, arrêt de rejet du 5 juillet 1825 (Dalloz, XXV, 1, 354).

« Attendu que l'association reconnue par la cour de Paris purement spéciale pour l'administration d'un établissement de bains, a pu et dû être considérée comme association en participation. »

Les décisions de la cour de cassation méritent toujours le respect, et on ne doit les critiquer qu'avec défiance ; mais comment approuver un arrêt qui refuse le caractère de société collective à une convention dont l'objet est l'exploitation d'une maison de bains, pendant treize ans ; lorsque cette exploitation, soumise aux cours des événements, réclame nécessairement une succession d'actes et de faits non-seulement imprévus, mais impossibles à prévoir, au moment du contrat ? (**Add.** Troplong, n° 497.)

Un des caractères distinctifs de l'association en participation, c'est qu'elle commence et finit avec les opérations auxquelles on l'applique ; sa durée n'a pas besoin d'être exprimée ; elle dépend de l'objet que les parties ont en vue, et quand elles ont stipulé sur ce point, ce n'est qu'une énonciation sans efficacité. Ainsi, que deux entrepreneurs se réunissent pour construire en commun un pont, une route, une maison ; les rapports ne peuvent pas avoir un autre terme que la fin même des travaux. L'expiration du délai fixé par le contrat avant la construction achevée du pont, de la route ou de la maison, ne libère pas les parties de leurs obligations. Il en est de même du cas où deux négociants en achetant, pour la revendre, la cargaison d'un bâtiment, ont assigné un terme à leurs relations. Elles continuent au delà, si, à l'époque désignée, la revente n'est pas faite. Mais si la spéculation se réalise plus promptement que les parties n'avaient espéré, l'association cesse de droit. L'opération terminée, l'association n'a plus de cause.

C'est, nous le répétons, un des caractères distinctifs de l'association en participation que sa durée, quelles que soient d'ailleurs les stipulations des parties, se règle sur le fait même qui en est la matière. N'est-ce pas une nécessité, dès qu'elle s'applique à des affaires déterminées et dont l'objet existe au moment de la convention, que les engagements respectifs ne soient point brisés avant que les parties aient atteint le but, s'il est possible de l'atteindre, mais qu'ils s'éteignent à l'instant même où l'opération est finie ?

Or, cette circonstance peut-elle jamais se rencontrer dans une société contractée pour exploiter une maison de bains ? Est-ce que la convention a pour objet, et pour but, soit un fait, soit un certain nombre de faits déterminés, prévus, et qui doivent, dans un temps quelconque, être accomplis et consommés de telle manière que la société n'ait plus de cause ? Non, assurément ; car il y a dans une convention de cette nature une cause perpétuelle de rapports et d'obligations réciproques. C'est une succession de faits qui se renouvellent, et peuvent être infinis ; quand les parties ont fixé le terme de leurs relations à treize années, ce n'est pas qu'à cette époque plus qu'avant, la matière de la spéculation pût manquer. Elles en auraient étendu la durée à vingt, à trente, à quarante ans, que le dernier comme le premier jour, il y aurait eu réunion des éléments qui constituent la société : chose mise en commun, collaboration nécessaire, chance de gains et de pertes.

Dans une société contractée pour faire le commerce des bois ou des vins, la vente des marchandises renfermées dans les magasins n'éteint pas le contrat. Tant que le terme assigné par les contractants à leurs rapports n'est pas arrivé, des achats successifs fournissent à la spéculation un aliment nouveau. Il en est de même pour un établissement de bains, où chaque jour, en ramenant une occasion nouvelle de profits et en procurant à la société le moyen de faire face aux frais d'exploitation, assure la durée du contrat.

La cour de cassation allègue que : « la convention « était *purement spéciale* pour l'administration d'une « maison de bains, avait pu et dû être considérée « comme une association en participation. » Oui, sans doute, une exploitation de bains est spéciale. Mais qui donc oserait contester qu'une société formée pour une industrie particulière ou pour une branche de commerce, soit une société collective ? Tous les commentateurs de l'ordonnance de 1673, qui qualifiait de *société générale* la société en nom collectif, étaient d'accord à cet égard, et Merlin (*Répertoire*, v° *Société*, passim), qui s'approprie leur doctrine en la résumant, déclare expressément que la société, pour être collective, n'a pas besoin d'embrasser toutes les affaires de chacun des associés, ou des spéculations s'étendant à tout ce qui peut faire l'objet du commerce. La spécialité se concilie parfaitement avec la société collective.

Un commerce de draps, de fer, de cotons, est spécial. Personne pourtant ne doute que la société contractée pour un commerce de cette nature ne soit essentiellement collective, quand la stipulation s'étend à l'avenir, et que, pour la réalisation du but que se proposent les parties, il y a nécessité de vendre, non pas telle ou telle marchandise existante et déterminée, mais, selon le cours des événements, toutes les marchandises actuelles ou futures que les besoins de la société réclameront.

Pourquoi en serait-il autrement de la société contractée pour exploiter un établissement de bains ? Quand cette société n'a pas et ne peut pas avoir pour objet des faits existants, des faits prévus, mais quand, au contraire, il est de son essence que les chances soient rejetées dans l'avenir, et qu'il en résulte entre les parties une continuité d'intérêts nécessaire jusqu'au terme qu'elles ont fixé ?

L'arrêt donne pour motif que toute association dont l'objet est spécial dégénère en participation: mais ce motif n'est pas admissible, car ce serait réduire à une vaine formule la loi qui a réglé les conditions et les effets de la société collective. On ne forme guère de sociétés générales en ce sens qu'on y comprenne indistinctement toute espèce d'affaires. C'est pour exploiter une industrie, un commerce, une spécialité, pour tout dire en un mot, qu'on s'associe; et c'est pour ce cas que la loi a été faite; la loi ne s'occupe pas des faits exceptionnels.

Ce n'est donc point par l'objet plus ou moins restreint de l'association, mais par sa nature, sa durée, la position qu'elle fait aux parties contractantes, et la manière dont elle finit, qu'il en faut déterminer le caractère.

La société en nom collectif est une société de genre;

La participation, une société d'espèce.

La société collective s'adresse au présent, à l'avenir, à tout ce qui peut réaliser le but indéfini du contrat;

La participation est limitée au présent, ou si du moins elle sort des faits prévus, ce n'est qu'autant que les faits auxquels s'étend son action sont la conséquence de ceux en vue desquels elle est formée, et qu'ils servent à l'accomplir.

Une société contractée pour l'exercice d'une industrie pendant treize ans, et dont les opérations doivent être successives, et telles que, pendant sa durée, les amènera le cours des choses, n'est pas une participation; l'arrêt qui le juge ainsi est contraire à la loi.

212. Nous en dirons autant de deux autres arrêts de la cour de cassation, l'un du 7 décembre 1830 (Dalloz, XXXI, 1, 219); l'autre du 8 janvier 1840 (Sirey, XL, 1, 19).

Dans le premier, il s'agissait d'une association formée par lettres entre les sieurs Lebrec et Vacheron pour la fabrication d'équipements militaires, et que la cour de Rennes avait refusé d'annuler avant le terme fixé par le contrat, pour inobservation des formalités de publication, « attendu qu'il n'en résultait qu'une simple participation, indépendante pour sa validité de toute condition extérieure. »

Dans le second, la société avait pour objet une fabrication d'espèces monnayées et un affinage de métaux pendant un certain temps. Le gérant étant tombé en faillite, et les créanciers ayant manifesté la volonté de poursuivre solidairement l'autre associé, qui ne s'était pas d'ailleurs engagé envers eux, la cour de Poitiers rejeta leur prétention par ces motifs principaux :

Que la convention ne formait qu'une association en participation;

Qu'il n'y avait pas eu d'acte rédigé et publié par les parties;

Qu'il n'y avait pas non plus de raison sociale;

Et qu'aucune obligation collective n'ayant été contractée pendant la durée de la société, les créanciers ne pouvaient attaquer que l'associé dont ils avaient reçu l'engagement.

La cour de cassation a rejeté les pourvois dirigés contre ces décisions.

« Attendu, porte le dernier de ses arrêts, « que la loi, après avoir successivement défini trois espèces de sociétés de commerce, se borne à reconnaître l'existence des associations commerciales en participation; qu'elle ne définit point ces associations; que, loin de les assimiler aux autres sociétés de commerce, elle ne désigne même point ceux qui s'y engagent sous le nom d'*associés*, mais sous celui de participants; qu'elle énonce purement et simplement que ces sortes d'associations sont relatives à une ou à plusieurs opérations de commerce; que, dans cet état de la législation, la question de savoir si une association commerciale constitue une pure association en participation, ou une société qui a pour objet de faire le commerce d'une manière générale, est une question de fait exclusivement dévolue à l'appréciation du juge du fait;

« Attendu que, dans l'espèce, aucune des circonstances de fait constatées par l'arrêt attaqué n'imprimerait à l'association commerciale dont il s'agit le caractère d'une société ayant pour objet de faire le commerce d'une manière générale, c'est-à-dire soit en nom collectif, soit en commandite (Dalloz, XL, 1, 52). »

Si nous n'avions à nous expliquer que sur le fond même du débat qui s'est agité devant les cours de Rennes et de Poitiers, nous n'aurions rien à ajouter aux observations que nous a suggérées l'arrêt de Paris du 19 février 1822. Il est évident, à nos yeux, que des sociétés contractées pour exercer pendant plusieurs années une industrie commerciale, fabriquer et vendre des équipements militaires, affiner des métaux, faire de la monnaie, sont des sociétés collectives, et qu'on n'a pu, sans violer la loi, les réduire aux proportions d'une association en participation.

Mais l'arrêt de Poitiers, et l'arrêt de cassation qui s'y rattache, contiennent des motifs qu'on ne peut pas laisser sans réponse.

L'arrêt de Poitiers est fondé sur l'absence d'acte, de publication, et de raison sociale, et sur ce que les engagements, quoique relatifs à la société, ne portaient que le nom de l'associé qui les avait souscrits.

Cette considération n'est qu'un paralogisme; car elle repose sur une confusion manifeste entre la forme et le fond des choses. Qu'importe, en effet, si la convention offre en réalité le caractère de la société collective, que les associés aient ou non rempli les formalités dont l'accomplissement est nécessaire pour donner aux stipulations la force obligatoire, ou qu'il n'apparaisse aucun engagement revêtu d'une raison sociale? Est-ce que la négligence réelle ou calculée des contractants peut avoir quelque influence sur la nature, sur l'essence de la convention, et la transformer?

Chaque contrat a ses conditions d'existence :

La vente exige que l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer;

Le bail, que le propriétaire s'engage à faire jouir le preneur de la maison ou de la ferme, pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celui-ci promet de payer;

Le prêt, que l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière d'en rendre autant de même espèce et qualité.

Sans la réunion de ces éléments, il n'y a ni vente, ni bail, ni prêt possibles; mais, réciproquement, là où ils existent, il y a, selon les cas, ou vente, ou bail, ou prêt. Les qualifications n'y peuvent rien changer. La volonté des contractants est impuissante pour altérer, pour modifier l'effet légal des consentements qu'ils ont librement échangés. La cour de cassation a consacré cette doctrine par de nombreux arrêts.

Or, l'élément essentiel de la société collective, c'est qu'il y avait mise en commun de capitaux ou d'industrie, ou de l'une et de l'autre chose à la fois pour faire le commerce. Toute la question donc, quand un débat s'élève sur le caractère particulier d'une société et qu'on soutient qu'elle est collective, se réduit à ce point : si la mise en commun a pour objet de faire le commerce; le reste n'est rien quant aux tiers, car l'inobservation des formalités ne porte pas atteinte à leurs droits. La loi leur permet expressément de

prouver la société par écrit, par témoins, à l'aide aussi des présomptions; et quand la preuve est faite, quelle qu'en soit la forme, la condition des associés est la même que si la convention avait été régulièrement constatée.

N'est-ce pas une singulière doctrine que celle de la cour de Poitiers? La loi exige impérieusement, à peine de nullité entre les associés, que toute société collective soit rédigée par écrit, qu'elle soit enregistrée, publiée, et que dans l'acte il soit fait mention de la raison sociale; et parce que les parties ont méprisé ces commandements, le contrat dégénère! Ce n'est plus une société collective, quoiqu'elle en ait l'essence; c'est une simple association en participation. La faute même des contractants est invoquée comme argument à l'appui d'une interprétation qui heurte et blesse les principes!

Mais à quoi bon insister? L'erreur qui sert de base aux arrêts que nous critiquons est une erreur volontaire. C'est l'équité qui, se substituant à la règle, fait violence aux faits et dénature les conventions pour épargner aux associés la peine de leur faute. On ne veut pas que l'absence d'acte écrit ou de publication enlève à l'une des parties les avantages qui lui étaient promis, ou qu'une association légèrement contractée soit pour elle une cause de ruine, et c'est ainsi que des sociétés collectives, dont la forme est si rigoureuse, dont les engagements sont si graves, sont inopinément travesties en participations.

Cette manière d'éluder la loi ne peut pas être tolérée. Mais quel remède apporter au mal?

213. La cour de cassation déclare, dans ses arrêts du 7 décembre 1830 et du 8 janvier 1840 : « qu'en l'absence de définitions légales, la question « de savoir si une association commerciale constitue « une simple participation ou une société collective, « est une question de fait, et que sa solution appar- « tient exclusivement aux cours royales. » Les interprétations les plus abusives, les plus fausses peuvent donc impunément détruire les conventions?

Oui, si la doctrine de la cour de cassation est vraie, cette conséquence est nécessaire. Mais, nous nous hâtons de le dire, c'est une inexcusable erreur de prétendre que les caractères constitutifs de l'association en participation ne sont pas écrits dans la loi. Pour prouver le contraire, il suffit de rapprocher, en les combinant, les dispositions de la loi commerciale qui régissent la société.

L'article 47 du code de commerce porte : « Indé- « pendamment des sociétés en nom collectif et en « commandite, et de la société anonyme, la loi re- « connaît les associations commerciales en participa- « tion. »

Indépendamment, donc toute convention de société qui réunit les éléments distinctifs de la société collective, de la société en commandite, ou de la société anonyme, ne pourra pas être une association en participation; car, s'il en était autrement, la participation ne serait pas indépendante des autres sociétés; elle s'identifierait et se confondrait avec elles.

Or, l'article 20 du code de commerce définit la société collective « celle que contractent deux ou plu- « sieurs personnes, et qui a pour objet de faire le « commerce sous une raison sociale. » C'est là son essence, *faire le commerce*, et nous n'avons plus besoin de répéter que ces mots s'adaptent légalement à l'exploitation en commun d'un négoce, d'une industrie particulière, d'un brevet d'invention, à tout ce qui a pour objet et pour but une succession d'achats et ventes, tels que les amènera la suite des affaires. Donc, l'association en participation ne peut pas avoir pour objet de faire le commerce. Donc, encore, quand l'article 48 du code de commerce exprime « que « les associations en participation sont relatives à une « ou plusieurs opérations de commerce, » comme l'essence de la société collective est de faire le commerce, et que faire le commerce, c'est se livrer, dans la limite du contrat, à toutes les opérations qui se présentent, et les renouveler indéfiniment jusqu'au terme fixé par l'acte; les associations en participation se réduisent à des faits actuels, déterminés, prévus d'avance, sans que leur durée se prolonge au delà de ces faits.

Les articles 47 et 48 du code de commerce ne peuvent pas avoir d'autre sens, et alors quelle nécessité y avait-il que la loi définît plus explicitement la participation, quand la définition de la société collective, la seule avec laquelle elle peut avoir des rapports, rend la confusion impossible? L'article 20 est le commentaire légal de l'article 48.

Ce n'est donc pas interpréter un fait douteux que de déclarer simple association en participation, une convention dont l'objet est d'exploiter, pendant un temps quelconque, une branche de commerce, une industrie, c'est-à-dire de faire le commerce; car la loi a prévu ce fait et en a réglé les conséquences. Ce n'est qu'en violant expressément l'article 20 du code de commerce, qu'on peut confondre des contrats que le code a distingués.

Nous ajouterons que le code de commerce, en admettant les associations en participation, n'a pas entendu faire une institution nouvelle, ni créer une espèce de société bâtarde, indécise dans ses effets, et offrant, par le mélange des principes les plus divers, un moyen d'éluder les dispositions applicables aux autres sociétés. Non, la législation a voulu simplement maintenir et confirmer ce qui existait sous l'ordonnance de 1673; ce que les auteurs avaient désigné tantôt sous le nom de société anonyme, tantôt sous celui de compte en participation. Or, comme nous aurons occasion de l'expliquer ultérieurement, c'est à des faits existants, déterminés, que s'adressait exclusivement ce genre de convention. Aujourd'hui donc, pas plus que sous l'ordonnance de 1673, il ne peut rien y avoir de commun entre la société collective et la société en participation.

C'est une dangereuse doctrine que celle qui abandonne à la conscience du juge la qualification des sociétés; car, il n'y a pas, grâce à l'équité, de contrat qui ne puisse être perverti, de prohibition qui ne puisse être éludée, de nullité qui ne puisse être couverte, pas de fraude enfin contre les tiers qui ne puisse trouver son excuse. Nous ne doutons pas qu'un examen plus approfondi n'amène le redressement de l'erreur que nous combattons. La cour de cassation est trop éclairée pour admettre que le même contrat soit indifféremment, et selon le caprice du juge, société collective ou participation. C'est tout un ou tout autre; car ces choses sont incompatibles. Il est également impossible que les conditions de la société collective s'appliquent à l'association en participation.

214. La société en nom collectif a pour objet de faire commerce sous une raison sociale.

La raison sociale est la réunion des noms des associés, ou de quelques-uns seulement, avec l'addition des mots *et compagnie : Paul et compagnie; Pierre, Jacques et compagnie.*

La raison sociale constitue, légalement parlant, l'état civil de la société collective : elle crée son individualité, c'est le nom sous lequel elle s'oblige et traite avec les tiers, et les titres revêtus de la raison sociale, réputés l'œuvre commune des associés, les

obligent aussi étroitement que si tous, en effet, les avaient signés de leur main (**Add.** Troplong, n° 360).

215. Le droit romain qui avait fait un être moral de la société, *societas vices personæ fungitur* (l. XXII, D. *de fidej.*), n'avait tiré de cette fiction qu'une conséquence d'ailleurs très-importante : savoir, que le patrimoine de la société, distinct du patrimoine particulier des associés, devait être employé exclusivement au payement des dettes sociales; et que les créanciers personnels des associés n'y pouvaient rien prétendre, tant que la société n'était pas libérée. Il fallait, pour que la société fût obligée, ou que tous les associés individuellement eussent pris part à l'opération, ou qu'ils y eussent été représentés en vertu d'un mandat exprès.

Mais le concours de tous les associés n'est pas toujours possible, et il est difficile de stipuler dans une procuration tous les actes et tous les faits qui, de près ou de loin, se rattachent à la société. Le commerce a besoin d'une grande liberté d'action; il faut pouvoir se décider et conclure sur-le-champ. Le succès est, en général, à cette condition. Ainsi, à l'époque où le commerce se développait avec éclat en Italie, par le bienfait de l'association, les marchands furent frappés de l'inconvénient que traînait après elle l'application du droit commun, et dès l'année 1253, on les voit remplacer le concours, ou la procuration que la loi romaine exigeait, par une formule qui, renfermant un mandat tacite des associés entre eux, réunissait dans la main de chacun tous les droits et tous les pouvoirs.

Cette formule, c'est la raison sociale; mais alors, elle devait contenir tous les noms des associés responsables. Le statut de Gênes déclarait expressément (liv. IV, chap. XII) que l'associé dont le nom y était omis n'était pas solidaire.

Socii, sive participes societatis vel rationis quorum nomen in eâ expenditur, teneantur in solidum pro omnibus gestis et ergà omnes et singulos creditores rationis sive societatis. Socii vero seu participes, quorum nomen non expenditur, non intelligantur, nec sint in aliquo obligati ultrà participationem, seu quantitatem pro quâ participant.

De même que la signature individuelle n'oblige que celui dont elle émane, la signature collective n'obligeait que les associés dont le souscripteur des engagements était réputé mandataire. La société n'étant pas publique alors, et se renfermant comme toute autre stipulation entre les contractants, l'action des créanciers contre les associés avec lesquels ils n'avaient pas traité directement, ne pouvait avoir d'autre base que le mandat exprimé par la raison sociale.

Mais aujourd'hui que la loi a, dans l'intérêt général, ordonné, que non-seulement les sociétés en nom collectif fussent rédigées par écrit et enregistrées, mais encore qu'elles fussent publiées, il n'y a plus nécessité que la raison sociale embrasse tous les noms des associés. Il suffit qu'au nom de l'un d'eux soient ajoutés les mots *et compagnie*. Dès le moment que les tiers peuvent, indépendamment de la formule qui résume et personnifie la société, en connaître les membres avec exactitude, il n'est pas à craindre qu'ils soient surpris, ni qu'aucun des intéressés cherche à se prévaloir d'une omission qui est son œuvre, pour éluder des engagements souscrits de la raison sociale, c'est-à-dire, contractés par un seul en vertu du mandat exprimé dans un acte rendu public.

216. Nous avons dit que la société traite et s'oblige sous la raison sociale; c'est aussi sous la raison sociale qu'elle paraît en justice, ou pour réclamer, ou pour répondre aux actions dont elle est l'objet;

Qu'elle fait ou reçoit des significations;

Qu'elle forme des oppositions;

Qu'elle prend des inscriptions, ou qu'on en prend sur elle. Un arrêt de la cour de cassation du 13 juillet 1841 (Sirey, XLI, 1, 728) appliquant aux sociétés en nom collectif la règle qu'à défaut d'indication précise des nom, prénoms, domicile et profession du débiteur, on peut se contenter de désignations propres à le faire connaître sans ambiguïté, a décidé qu'une inscription hypothécaire était valable, quoiqu'elle comprît seulement une partie des noms composant la raison sociale, quand il était certain qu'aucune obscurité ne résultait de l'omission.

La cour de cassation a jugé aussi, le 29 janvier 1829 (Dalloz, XXIX, 1, 147), qu'on ne pouvait contester la régularité d'une surenchère souscrite de la raison sociale, et exiger de l'associé dont elle émanait un pouvoir spécial de ses coassociés :

« Attendu que, si aux termes de l'article 2185 du code civil, § 4, l'original et les copies d'exploit contenant déclaration de surenchère doivent être signés par le créancier requérant ou par son fondé de procuration expresse, lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration, il est aussi de principe certain, en matière commerciale, que la signature sociale oblige tous les associés; que, par conséquent, celui d'entre eux qui a le droit de l'apposer n'est tenu ni de se munir, ni de justifier de la procuration de ses coassociés dans les actes qu'il fait pour la société, lorsque l'existence de cette société est notoire pour les tiers qui auraient intérêt à attaquer les actes souscrits de la signature sociale. »

217. Il arrive quelquefois que des sociétés en nom collectif se produisent dans le commerce sous des dénominations qui rappellent ou la nature de leurs produits, ou le siége de leur établissement, ou même une enseigne longtemps florissante. Ces dénominations, qui s'appliquent à la chose et non aux personnes, ne doivent pas être confondues avec la raison sociale (**Add.** Troplong, n° 371). Une société collective ne peut contracter, agir, être attaquée que sous la raison de commerce, et la raison de commerce est essentiellement la réunion des noms des associés ou de quelques-uns d'entre eux (**Add.** Troplong, n°s 692, 693).

Art. 21. Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 20. *Le nom des associés peut seul faire partie du nom social, si ce n'est avec l'autorisation du gouvernement, conformément à la loi sur les noms.*

Les associés en nom collectif sont solidaires pour toutes les dettes de la société.

DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Jaubert demande si l'article 19 exclut la signature sociale *tel et compagnie*.

Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) dit qu'on ne peut pas le supposer, puisque cette signature annonce évidemment une société en nom collectif.

Jaubert dit qu'alors il est difficile de concilier l'article 19 avec l'article 20, qui veut que le nom des associés fasse partie du nom social.

Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) réplique que l'objet de l'article 20 n'est que d'empêcher les personnes qui succèdent au commerce d'un négociant décédé, de le faire sous le nom du défunt. Elles pourraient s'approprier ainsi, par surprise, un crédit que le public leur refuserait peut-être, s'il les connaissait sous leurs véritables noms ; c'est là un des abus que la loi sur les noms tend à prévenir.

Lacuée dit qu'il n'y a de difficulté que parce que le projet n'explique pas le sens qu'il attache aux mots *nom social*.

Louis dit que le mot *raison* est l'expression usitée, et qu'elle est parfaitement entendue.

Begouen propose la rédaction suivante :

« Art... La société en nom collectif se contracte par deux ou plusieurs personnes pour faire le commerce sous une raison sociale.

« Art... Les noms des associés peuvent seuls faire partie de la raison sociale.

« Art... Les associés en nom collectif, indiqués dans l'acte de société, sont solidaires pour toutes les dettes de la société. »

Cette rédaction est substituée aux art. 19 et 20.

SOMMAIRE.

218. La raison sociale est la formule du mandat que se donnent réciproquement les associés. Elle est aussi un moyen d'éclairer les tiers sur la solvabilité de la société collective.

219. Elle ne doit comprendre que les noms des associés.

219 2°. *L'emprunt d'un nom étranger à la société peut compromettre celui qui le prête, même quand on aurait averti d'une manière générale que ce dernier n'entend pas s'obliger* (Troplong, n° 373).

219 3°. *La raison sociale est fixée par l'acte de société* (Troplong, n° 374).

219 4°. *Cet acte règle aussi quel est celui des associés qui aura la signature sociale* (Troplong, n° 375).

219 5°. *Quels noms peuvent entrer dans la raison sociale* (Troplong, n° 374 2°).

220. Le nom d'un associé mort doit être effacé de la raison sociale.

221. Arrêt de cassation en ce sens.

222. La raison sociale n'est pas l'accessoire du commerce de la société.

223. La composition illégale de la raison sociale peut constituer une escroquerie.

224. Son emploi après la dissolution de la société est un faux.

COMMENTAIRE.

218. La raison sociale a un double objet.

Le premier est de formuler le mandat que les associés se donnent mutuellement ;

Le second, de fournir aux tiers un moyen facile d'apprécier les garanties que la société peut leur offrir.

Or, d'une part, le mandat ne peut s'exercer qu'au nom même des mandants. Ce serait une fraude d'agir au nom de tiers qui, n'ayant pas donné de pouvoir, ne pourraient pas être engagés ; et, d'autre part, comment le public se ferait-il une juste idée des forces de la société, si, aux noms des associés réels, gens obscurs et sans consistance, il était permis d'accoler arbitrairement des noms propres à inspirer la confiance ?

219. Il y a donc nécessité que les noms des associés seuls fassent partie de la raison sociale. On en peut omettre, s'ils sont trop nombreux ; mais on n'en doit pas prendre d'autres.

Il n'est pas à craindre sans doute que le nom d'un négociant en crédit soit à son insu, malgré lui, compris dans *la raison* d'une société qui lui est étrangère. Une aussi coupable usurpation est trop facile à réprimer pour qu'elle se réalise. Mais, ce qui n'est pas rare, c'est qu'on abuse du nom d'un commerçant quand il a cessé de vivre ou qu'il s'est retiré du commerce, et qu'on induise les tiers à penser qu'il préside encore aux destinées d'une association que son esprit n'animera pas. C'est à ce danger que la loi veut parer (**Add.** Troplong, n° 372).

220. Lorsqu'un associé meurt, à moins de stipulation contraire, la société finit, et, avec la société, *la raison* qui la personnifie. Mais s'il a été convenu que l'exécution du contrat continuerait entre les associés survivants, le nom de l'associé mort doit être effacé de la signature sociale ; car ce nom placé au bas des engagements sociaux ferait supposer que la personne qu'il rappelle traite et contracte encore avec les tiers : *qui mandat ipse fecisse videtur*, et qu'elle oblige au payement des dettes sociales sa fortune et sa liberté ; chose impossible, le mandat, quelle qu'en soit la nature, s'éteignant avec le mandant.

221. Un arrêt de la cour de cassation du 28 mars 1838 a consacré nettement cette doctrine.

Une société commerciale s'était formée en 1826 entre Auguste Streisguth et sa femme, sous la raison : *Auguste Streisguth et Compagnie*. Auguste Streisguth étant mort en 1830, sa veuve s'associe avec un sieur Rausch, et le commerce continue sous la même raison. En 1833, elle épouse son associé : le contrat de mariage portait que la société se prolongerait pendant un certain temps, et que la signature sociale ne serait pas modifiée.

En 1834, un des frères du défunt, Frédéric Streisguth, qui faisait le même commerce que les époux Rausch, à Sainte-Marie aux mines, se plaignit de ce que ceux-ci employaient un nom qui ne leur appartenait pas, et sur leur refus de mettre un terme à cette usurpation, un procès s'engagea.

Le 18 août 1834, un jugement du tribunal civil de Colmar rejette la demande de Frédéric :

« Attendu que la raison sociale donnée par un chef de maison à celle qu'il a fondée, est une propriété qui passe à ses successeurs ;

« Qu'il n'est pas méconnu que les époux Rausch ont succédé à la maison Auguste Streisguth ;

« Qu'aucune loi n'oblige les sociétaires qui continuent une maison de commerce à changer la raison sociale sous laquelle elle a été établie ;

« Qu'ils peuvent conserver la raison primitive ; que l'usage adopte cette continuation ; qu'elle est un stimulant puissant pour donner une direction utile et honorable aux opérations d'une maison, puisque son crédit et sa fortune reposent sur une confiance déjà anciennement établie, qu'elle doit vouloir conserver pour accroître sa fortune ;

« Attendu d'ailleurs qu'il n'y a aucune identité entre la raison sociale Auguste Streisguth, que le demandeur ne pouvait adopter, et le nom de Frédéric Streisguth qui lui appartient. »

Sur l'appel, la cour royale de Colmar adopte les motifs, et la solution qu'on vient de lire.

Mais sur le recours en cassation, arrêt du 28 mars 1838, au rapport de M. le conseiller Quequet, qui casse :

« Attendu qu'Auguste Streisguth, fondateur de la société établie sous la raison sociale : *Auguste Streisguth*, est décédé en 1830 ;

« Que la société dont son nom avait été la raison sociale a été dissoute par son décès, aux termes de l'art. 1865 du code civil ; que c'est donc une société nouvelle que sa veuve a formée avec Rausch, son second mari ;

« Qu'Auguste Streisguth n'ayant pu faire partie de cette seconde société, qui n'a pris naissance qu'après son décès, le nom Auguste Streisguth n'a pu, au mépris de la prohibition expresse de l'art. 21 du code de commerce, faire partie de la raison sociale de cette nouvelle société (Dalloz, XXXVIII, 1, 158). »

222. L'arrêt de la cour de cassation est une saine application de la règle ; et c'est pour n'avoir pas compris le caractère et les effets de la raison sociale, que la cour royale de Colmar a consacré le système contraire. Considérer la raison sociale comme l'accessoire du commerce fait en commun, est une très-fausse idée. La raison sociale est le nom de la société ; le signe de son individualité ; c'est pour les tiers la société même, et une société qui succède à une société qui finit, quand elle ne réunit pas les mêmes éléments, ne peut pas plus s'attribuer *la raison* de la société dissoute, qu'un négociant qui achète une maison de commerce ne pourrait signer les engagements du nom de son vendeur. La société, personne fictive assimilée à la personne naturelle, n'a pas la faculté de se survivre.

Ce qui est un accessoire du commerce, et passe au successeur, c'est la dénomination sous laquelle l'établissement exploité en commun est connu dans le public. Ainsi, une manufacture se distingue-t-elle par une appellation particulière, toute société qui l'exploitera pourra s'en servir ; mais, nous l'avons dit ailleurs, c'est parce que ces désignations, sous lesquelles la société ne contracte pas, tiennent à la chose même et non aux personnes ; c'est l'enseigne qui suit le magasin dont elle a fait la vogue.

223. Il y a deux conséquences à tirer du principe qui interdit de mêler à la raison sociale d'autres noms que ceux des associés.

La première, c'est que dans le cas où la composition illégale de la raison de commerce est le résultat de la mauvaise foi, elle constitue une escroquerie ; car les associés, en se couvrant de noms propres à inspirer la confiance, n'ont pu avoir un autre but que de persuader l'existence d'un crédit imaginaire. Les tiers qui ont été trompés par l'apparence sont donc fondés à s'adresser aux tribunaux de répression, et leur plainte ne pourrait pas être écartée par le motif qu'en consultant l'extrait de la convention rendu public, ils auraient évité l'erreur. Les tiers sont autorisés à penser que les noms compris dans la raison sociale représentent des associés réels, et que chacun de ces associés est, corps et biens, tenu des dettes sociales. Il n'y a pas d'imprudence à croire que le souscripteur d'un engagement contracte l'obligation de l'acquitter.

224. La seconde conséquence, c'est que l'emploi de la raison sociale après la dissolution connue de la société constitue le crime de faux, parce que signer de la raison sociale quand il n'y a plus de société, c'est faire figurer comme vivant encore une personne morte. Ce point est constant en jurisprudence ; il suffit de l'énoncer (Merlin, *Répertoire*, v° *Faux*).

Art. 22. Les associés en nom collectif indiqués dans l'acte de société sont solidaires pour tous les engagements de la société, encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 20. § *Les associés en nom collectif sont solidaires pour toutes les dettes de la société.*

OBSERVATIONS DES SECTIONS RÉUNIES DU TRIBUNAT.

Art. 23. A ces mots, *toutes les dettes de la société*, on pense qu'il conviendrait de substituer ceux-ci : *tous les engagements de la société*, comme exprimant une idée plus générale.

SOMMAIRE.

225. L'obligation contractée par plusieurs débiteurs est, en général, divisible.

226. Il en est autrement des dettes contractées par une société en nom collectif. Tous les associés sont solidaires.

227. L'intérêt du commerce exige qu'il en soit ainsi.

228. C'est aussi la conséquence du principe qui considère les associés comme préposés les uns des autres.

228 2°. *De l'étendue des obligations envers les tiers dans les sociétés commerciales. Quel était le droit romain à cet égard ? Il appliquait la solidarité aux sociétés de banquiers et argentiers, et même, suivant l'opinion la plus probable, aux sociétés pour la ferme des revenus publics* (TROPLONG, n° 822).

228 3°. *La société avait également lieu dans les sociétés de négoce qui se faisaient représenter par un institeur.*

Et dans celles qui se formaient pour l'exploitation d'un navire par le ministère d'un patron.

Raison donnée par les jurisconsultes, pour justifier dans ces cas divers la solidarité (TROPLONG, n° 823).

228 4°. *Sinon il y aurait lieu à des fraudes sans nombre* (TROPLONG, n° 842).

228 5°. *Mais elles en ont retenu la solidarité pour les sociétés collectives agissant sous un nom social par un institeur. Antiquité de cet usage. Sa généralité* (TROPLONG, n° 825).

229. La solidarité existe dans le cas même où les associés auraient déclaré, dans la convention rendue publique, que les dettes se diviseraient entre eux.

230. La solidarité est la conséquence légale des engagements sociaux.

231. Les associés non gérants ne peuvent, en renonçant à la qualité d'associés, se dégager de la solidarité. Ils

sont censés avoir eux-mêmes signé les engagements souscrits de la raison sociale.

232. Les engagements émanés d'un seul associé ne sont valables que s'ils sont revêtus de la raison sociale.

233. Le porteur d'un titre signé par l'un des associés, en son nom personnel, alléguerait vainement que l'argent qu'il a prêté a été versé dans la société.

234. Opinion de Casaregis.

235. Arrêt de cassation conforme.

236. Le créancier peut exercer les droits de son débiteur dans la société, mais il est soumis aux mêmes exceptions que l'associé.

237. La raison sociale n'est pas cependant une formule sacramentelle. S'il résulte de l'engagement lui-même qu'il est relatif aux affaires sociales, il oblige la société.

238. La raison sociale n'oblige la société que lorsqu'elle est employée par les associés gérants.

239. Première exception.

240. Deuxième exception.

241. Lorsque l'acte de société n'a pas été rendu public, tous les engagements émanés des associés, et relatifs à la société, produisent la solidarité.

242. Arrêt de cassation conforme.

243. La connaissance que le créancier aurait acquise personnellement que la gestion est interdite à l'associé dont il tient son titre, n'en altérerait pas la force. Les conventions non publiées ne sont point opposables aux tiers.

244. La raison sociale ne peut régulièrement être employée que pour les affaires de la société; mais les tiers ne sont pas responsables de l'abus que le gérant fait de ses pouvoirs.

245. Opinion de Pothier.

246. Opinion de Savary.

247. Quand le gérant remet à son créancier personnel des titres revêtus de la raison sociale, la société est-elle obligée?

248. Non; le tiers qui ne traite pas avec la société ne peut avoir d'action contre elle. Il est complice de l'abus commis par l'associé son débiteur.

249. Arrêt contraire de la cour de cassation, du 11 mai 1836. Discussion de cet arrêt.

250. Opinion de Pothier opposée à l'arrêt.

251. Arrêt du parlement de Toulouse dans le même sens.

252. Opinion de Merlin.

253. Arrêt conforme de la cour de cassation du 16 octobre 1806.

254. Discussion et critique des motifs de l'arrêt du 11 mai 1836.

255. Quel est le sens légal de la maxime que *c'est au mandant à s'imputer d'avoir choisi un mandataire infidèle?*

256. Le tiers qui accepte d'un associé, son débiteur personnel, des engagements revêtus de la signature sociale, n'est pas de bonne foi.

257. Le caractère légal de la bonne foi est l'ignorance absolue de l'incapacité de celui avec qui l'on contracte.

258. Les actes non souscrits de la raison sociale, mais faits par tous les associés collectivement et dans l'intérêt de la société, concernent la société activement et passivement.

259. Importance de cette solution.

259 2°. *De l'engagement contracté par tous les associés ensemble. Dans les sociétés civiles chacun n'est tenu que pour sa part* (Troplong, n° 847).

259 3°. *Les Romains appliquaient ces règles aux sociétés de commerce comme aux sociétés civiles* (Troplong, n° 848).

259 4°. *Bizarrerie de ce point de droit, quand on se rappelle que, chez les Romains, les tiers qui avaient contracté avec l'instituteur avaient une action solidaire contre tous les préposants. Aussi les peuples modernes y ont-ils dérogé, et l'on a voulu que la solidarité existât dans les sociétés de commerce, soit que l'engagement fût contracté par l'institeur, soit qu'il fût contracté par tous les associés réunis* (Troplong, n° 849).

259 5°. *A ce propos, examen du système de Frémery sur l'origine de la solidarité dans les engagements commerciaux* (Troplong, n° 850).

259 6°. *Suite. Examen des textes invoqués* (Troplong, n° 851).

259 7°. *Suite* (Troplong, n° 852).

259 8°. *Efforts de Bartole pour maintenir les distinctions des lois romaines* (Troplong, n° 853).

259 9°. *Mais ils sont inutiles. La solidarité est devenue de droit commun. Conclusion* (Troplong, n° 854).

260. La raison sociale peut être employée par un gérant étranger à la société, mais il doit exprimer qu'il signe par procuration, sous peine d'engager sa responsabilité personnelle.

261. L'associé gérant a le droit de réclamer l'intégralité des créances appartenant à la société.

262. *Quid* quand le payement a été fait à un associé non gérant, et qu'il a remis le titre au débiteur, le payement est-il nécessairement nul?

263. Le créancier social doit s'adresser à la société et obtenir condamnation contre elle, avant d'attaquer les associés individuellement.

263 2°. *Avant d'agir contre les associés individuellement, les créanciers doivent s'adresser à la société même et au domicile social* (Troplong, n° 821 2°).

263 3°. *S'il n'y a pas de maison sociale, la société est poursuivie au domicile de l'un des associés* (Troplong, n° 821 3°).

263 4°. *Cependant, le créancier ne doit pas discuter les biens de la société, avant d'agir contre les associés* (Troplong, n° 821 4°).

264. Le solidarité profite à l'associé qui traite avec la société comme tierce personne, et reçoit d'elle un engagement souscrit de la raison sociale.

265. Mais quand il agit comme associé, et pour répéter les avances qu'il a pu faire, il ne peut réclamer de chaque associé qu'une part virile.

Arrêt conforme de la cour de cassation.

266. Il peut, dans tous les cas, user de la contrainte par corps.

COMMENTAIRE.

225. Nous avons exposé, dans la première partie, tout ce qui concerne la gestion; nous avons dit les conventions dont elle peut résulter; comment elle s'exerce; comment elle cesse; de quelle responsabilité sont chargés les gérants. Il s'agit maintenant d'en déterminer les effets, à l'égard des associés et des tiers, dans les sociétés collectives.

Suivant le droit commun, toute obligation contractée par plusieurs personnes conjointement, et qui, par sa nature, ne répugne pas à une division intellectuelle

ou matérielle (art. 1217 du code civil), est, à moins ile solidarité stipulée, divisible entre les parties; la loi suppose qu'il y a cu partage égal des résultats de l'opération, et l'utilité présumée de la convention devient pour chacun des contractants la mesure de son engagement (**Add.** Troplong, nos 847, 853).

226. Il en est autrement dans les sociétés en nom collectif. Tout engagement souscrit de lo raison sociale produit la solidarité (**Add.** Troplong, nos 359, 362. 806, 809, 810, 829).

227. Ce qui importe surtout dans lo commerce, c'est que le créancier reçoive à l'échéance les sommes qui lui sont dues, ou qu'il ait pour les obtenir une action prompte et sûre. Or, si l'être collectif ne payant pas sa dette, il faut attaquer trois, quatre associés individuellement, réclamer contre chacun d'eux une condamnation, l'exécuter, et, en cas d'insolvabilité constatée, exercer un recours contre ceux qui peuvent payer, où sera la sécurité des transactions commerciales? Aussi a-t-on pensé que, pour éviter ces inconvénients, il fallait rendre les associés en nom collectif responsables les uns des autres envers les tiers. C'est à eux de se peser mutuellement avant de contracter, et d'apprécier les garanties que leur situation respective peut offrir. Après le contrat, toutes les fortunes se confondent : le riche doit payer pour le pauvre (**Add.** Troplong, no 359).

228. La raison de droit est conforme à lo raison tirée de l'intérêt du commerce. Les associés étant considérés comme préposés les uns des autres pour les affaires de la société, le principe qui soumet tous les commettants à l'exécution solidaire des engagements contractés par le mandataire, reçoit sa pleine exécution. C'est le motif donné par Merlin, et il fout ajouter. avec les auteurs, que toute stipulation ayant pour but de soustraire les associés à cette conséquence de la société collective serait inefficace et nulle : alors même qu'elle aurait été rendue publique, elle ne serait point opposable aux tiers (**Add.** Troplong, no 714).

229. Un recueil d'arrêts signale comme contraire à cette doctrine une décision de la cour de Bordeaux du 31 août 1831, dans laquelle on lit « qu'il est de « principe, en matière de société commerciale, que « tous les associés sont obligés solidairement pour les « engagements contractés dans l'intérêt de la société, « à moins qu'il n'y soit fait exception, *soit par une « convention expresse*, soit par la nature du pacte « social, comme dans les sociétés anonymes et « dons les sociétés en commandite (Dalloz, XXXII, « 2, 20.) »

Mais prenant l'arrêt dons son ensemble, on voit que loin d'affaiblir le principe de la solidarité dans les sociétés collectives, il a voulu le sanctionner, en l'appliquant même aux associations en participation. Ces mots, *par une convention expresse*, n'ont d'après les faits et la rédaction, d'autre sens que celui-ci : que si, en traitant avec un tiers, il a été formellement convenu qu'il n'aurait pas d'action solidaire contre les associés, cette stipulation l'oblige, rien n'empêchant un créancier de renoncer au bénéfice des lois qui le protégent.

230. Ce que la loi ne permet pas, parce qu'il en résulterait pour les tiers une source inévitable de dommages et de fraudes, c'est que, par des stipulations qui leur sont étrangères, en dehors des contrats faits avec eux, les débiteurs, altérant l'effet légal, nécessaire, de leurs engagements, se créent une situation exceptionnelle.

L'article 1862 du code civil porte : « que dans « les sociétés *autres que celles du commerce*, les asso« ciés ne sont pas tenus solidairement des dettes so« ciales... »

L'article 22 du code de commerce ajoute « que « les associés en nom collectif sont solidaires pour « tous les engagements de la société, encoro qu'un « seul des associés oit signé... »

Donc, c'est un effet legal, nécessaire, des engagements contractés par une société collective d'entraîner la solidarité, et les créanciers ne peuvent, sans une renonciation formelle, être privés de cette garantie. Il n'est pas au pouvoir des associés de réduire d'un trait de plume une société commerciale aux proportions de la société civile (**Add.** Troplong, no 359.)

231. On s'est demandé si des associés non gérants pouvaient échapper aux dangers de la solidarité, par l'abandon de l'émolument éventuel attaché à la qualité d'associé. C'est demander, en d'autres termes, si après avoir contracté une obligation on peut se dispenser de la payer. La solidarité ne tient pas à la qualité de gérant, mais à la nature même des actes qui sont faits, et au rapport qu'ils ont avec la société. Si l'associé non gérant ne traite pas directement avec les tiers, c'est en son nom, pour son compte, en vertu du mandat qu'il a donné, que le gérant contracte. L'un et l'autre sont donc également obligés : *qui mandat ipse fecisse videtur.*

232. Au reste, plus le principe est rigoureux, plus il en faut enfermer l'application dans les limites posées par la loi.

Sous l'ordonnance de 1673, pour que l'obligation fût solidaire, il était nécessaire que l'associé dont elle procédait *eût signé pour la compagnie, et non autrement.* Le code de commerce a reproduit cette disposition. Il y a solidarité, *encore qu'un seul des associés ait signé, pourvu que ce soit sous la raison sociale.* C'est qu'en effet, si l'associé n'a pas traité au nom et pour compte de la société, il n'y a pas de lien entre elle et le créancier. La société ne se confond point avec les associés; elle en est distincte; elle ne peut donc être obligée qu'autant qu'elle-même a contracté, ce qui se manifeste par l'emploi de la raison sociale. De ce que celui qui s'engage est membre et gérant d'une société commerciale, il ne résulte pas qu'il ne puisse se livrer personnellement à des spéculations, acheter, vendre, emprunter pour son compte particulier; et quand il n'a engagé que sa responsabilité individuelle, quelle raison y aurait-il d'autoriser le créancier qui s'est contenté de cette garantie, à étendre son action à la société? (**Add.** Troplong, nos 809, 812.)

233. Vainement il prouverait, s'il a prêté des fonds, qu'ils ont été employés aux affaires de la société; il ne serait pas écouté plus favorablement en sa réclamation, car les droits du créancier naissent de son titre, de sa forme, et non de l'application qu'a pu faire le débiteur des sommes qu'il a reçues en compensation de son engagement. Le créancier n'est pas plus fondé à se prévaloir des faits postérieurs à la convention, pour améliorer sa condition, que le débiteur pour altérer l'exécution des titres qu'il a signés, et rejeter sur autrui la responsabilité qu'il s'est imposée. Le débiteur est maître d'employer à son gré les sommes qu'il emprunte; il peut les dissiper, les donner, les perdre, sans que les tiers auxquels elles profitent aient jamais rien à démêler avec le prêteur, C'est une règle de droit élémentaire, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les contractants (article 1165 du code civil) (**Add.** Troplong, nos 776, 805, 809, 814, 822 et suiv.).

234. Casaregis avait formellement adopté cette doctrine.

Quibus etiam (dit-il, t. II, p. 178, nos 8 et 9) *obstipulatur regula indubio uti quilibet institor, socius, seu etiam complimentorius, nisi expressum sit nomen*

negotii et societatis, censeatur contrahere potiùs nomine proprio quam sociali, seu negotii cui sit præpositus... Sicut contrahens cum socio præsumitur contrahere cum eo ut privato, non uti socio.

Et ailleurs (*disc.* 147, n° 25, t. III, p. 16) : *Mutuam socio alicujus rationis pecuniæ quantitatem dando, non habet actionem contra societatem, quamvis socius camdem pecuniam dederit societati.*

Les auteurs et la jurisprudence moderne ont également admis ce système.

235. La cour de cassation a jugé, le 13 mai 1835 (Dalloz, XXXV, 1, 297), que lorsqu'un engagement avait été contracté par un associé personnellement, et que le produit en avait été mis dans la caisse sociale, cette circonstance, jointe à la déclaration de l'associé qu'il avait traité pour la société, ne pouvait pas, dans le cas même où un second associé la reconnaissait exacte, donner au porteur de l'engagement une action contre la société, si un troisième associé s'y opposait (**Add.** Troplong, nos 806, 809 et suiv.).

236. La seule faculté qui puisse être accordée au prêteur, quand son argent a servi à payer des dettes sociales, c'est d'exercer contre la société l'action que l'emprunteur a pu acquérir, en consacrant aux affaires communes une somme qui dépassait sa mise; mais alors il doit subir toutes les exceptions de tout genre opposables à l'associé, un créancier ne pouvant avoir d'autres et plus grands droits que le débiteur au nom duquel il se présente.

237. Si la formule qui rattache à la société les actes du gérant est nécessaire, elle n'est cependant pas sacramentelle; et quand le titre porte en lui la preuve que la convention se réfère à la société, l'omission de la raison sociale ne suffit pas pour enlever à l'engagement émané d'un seul associé le caractère et les effets d'un engagement social.

Pro regulâ etiam notandum est, quod consocii nunquàm tenentur ex contractibus alterius socii nisi in contrahendo expressum fuerit nomen sociale, vel saltem ex facti circumstantiis, aut subjectâ materiâ, illud argui potuerit (Casaregis, t. 1, *disc.* 39, numéro 12).

De nombreux arrêts de la cour de cassation, rendus sous l'ordonnance de 1673 et sous le code actuel, ont consacré cette opinion (27 frimaire an XIII, 30 juillet 1810, 31 août 1811. *Rép.*, v° *Société*).

Rien n'est plus raisonnable. La doctrine et la jurisprudence ont admis que, dans les matières les plus rigoureuses, dans les testaments par exemple, l'équipollence était possible, lorsque, selon l'expression de Ricard, *elle est identique, et qu'il ne s'y peut figurer quelque sorte de différence*. Or, comment supposer qu'en matière de commerce, et dans les conventions où la bonne foi doit dominer, le législateur a plus scrupuleusement imposé l'observation des formes?

Ce que la loi veut, c'est que les engagements émanant d'un seul associé soient réputés l'ouvrage de la société même, et il n'est pas de preuve plus concluante que l'emploi de la formule qui la personnifie. Mais si l'associé qui souscrit de la raison sociale un engagement, constate, par cela seul, qu'il traite pour le compte de la société, n'est-il pas évident que, s'il déclare expressément qu'il contracte pour la société, l'acte, quoique non souscrit de la raison sociale, tiera la société? Une déclaration positive ne peut être moins efficace que le symbole qui la remplace : c'est le fait au lieu de la présomption. Signer de la raison sociale, ou exprimer dans l'obligation qu'on la contracte pour une société portant telle raison de commerce, c'est nécessairement la même chose; *il ne s'y peut figurer quelque sorte de différence*. Ainsi, les arrêts ont décidé que la société était obligée, si le souscripteur de l'engagement avait agi comme chef ou membre de la société; s'il avait exprimé qu'il traitait pour la société; s'il avait conclu un marché pour la réparation des immeubles sociaux, etc. (cour de cass., 23 avril 1813, Dalloz, II, 739).

De quelque manière donc que l'engagement soit contracté, s'il en résulte évidemment et nécessairement qu'il concerne la société, encore qu'il ne soit pas signé de la raison sociale, les associés sont solidaires (**Add.** Troplong, nos 370, 806, 805).

238. Faut-il conclure maintenant de la puissance que la loi prête à l'emploi de la raison sociale, que par cela seul qu'un engagement a été souscrit dans cette forme, il oblige la société?

La raison sociale a, comme nous l'avons dit, un double objet : elle résume et personnifie la société; elle est en même temps l'expression figurée du mandat que les associés se donnent entre eux; elle ne peut donc être employée que par ceux qui en ont reçu le droit. L'associé exclu de la gestion ne peut, quand l'acte de société a reçu la publicité légale, engager la société : de quelque nom qu'il signe les obligations qu'il contracte, la société n'en est pas tenue, pas plus que si l'acte émanait d'un tiers complétement en dehors de la société. Le créancier qui, sans vérifier la capacité de l'associé qui contracte avec lui, en reçoit un titre souscrit de la raison sociale, n'a pas d'action contre la société. Que servirait-il de publier l'acte de société, les conditions de la gestion, le nombre des gérants, s'il suffisait, pour renverser ces précautions, qu'un des associés usurpât les pouvoirs qui lui sont refusés? Les tiers qui ne prennent pas de renseignements ne peuvent rejeter sur la société la conséquence de leur propre faute (**Add.** Troplong, n° 803).

239. Mais si aucune faute n'est imputable aux tiers, et qu'ils aient un juste sujet de croire que, nonobstant la prohibition du statut social, l'associé avec lequel ils ont traité avait l'autorisation tacite d'employer la raison sociale; si, par exemple, il est prouvé que, dérogeant au mode de gestion ordinairement établi, les associés ont, sans délai, exécuté des engagements contractés dans la même forme par un associé non gérant, la société est tenue de payer. Il n'est plus permis aux associés de recourir aux statuts qu'ils ont notoirement abandonnés. Le mandat tacite équivaut au mandat exprès. Ce serait ouvrir la porte à la fraude que de décider autrement.

Et dicimus quod per erectionem et deputationem complimentarii intelligitur ei attributa facultas subscribendi nomen sociorum rationis cantantis, et sic omnes socii remanent ob illius administrationem et negotiorum gestionem in solidum obligati, et hoc procedit in complimentario tacitè instituto scientibus et patientibus sociis (Casaregis, t. 1, *disc.* 39, n° 24) (**Add.** Troplong, n° 807).

240. Il est encore un cas où la règle cesse, c'est lorsque l'engagement souscrit au nom de la société par un associé non gérant a tourné au profit de la société. La société, en s'appliquant les résultats de la négociation, est censée l'avoir ratifiée; mais, au lieu que cette ratification oblige la société, comme la ratification ordinaire, à toutes les conséquences de l'acte fait sans pouvoir, elle n'est tenue qu'à concurrence du profit qu'elle en retire. Ainsi, un associé non gérant a chargé un ouvrier de réparations à faire à un immeuble dépendant de la société; le marché s'élève à 20,000 francs, mais la plus value, le profit ne s'élève qu'à la moitié. La société ne devra rien au delà. Le reste est à la charge de l'associé.

Qui se plaindra de cette solution? L'associé?... Il a commis une faute en faisant ce qu'il ne devait pas

faire; il en porte la peine. Pourquoi la société supporterait-elle une dépense hors de proportion avec l'utilité qu'elle recueille? Le créancier?... Il devait s'enquérir de la capacité de l'associé avec lequel il a traité. Il ne peut imputer qu'à son imprudence le préjudice qu'il éprouve.

Nous ajouterons trois observations sur ce point :

La première, c'est que le créancier doit prouver que la société a profité et jusqu'à concurrence de quelle somme elle a profité de l'opération faite en son nom par des associés exclus de la gestion;

La seconde, que, dans le cas où il s'agit de travaux à faire, s'ils s'exécutent au vu et su des associés, sans protestation de leur part, leur silence équivaut à une approbation; ils sont obligés envers l'ouvrier comme s'ils avaient eux-mêmes donné des ordres et signé le marché;

La troisième, que la société étant tenue directement, jusqu'à concurrence du profit qu'elle a recueilli, elle ne peut opposer au créancier aucune exception du chef de l'associé qui a traité sans pouvoir. L'associé est censé, dans cette limite, avoir été l'agent autorisé de la société (**Add.** Troplong, n°s 813, 814, 820, 775. 777).

241. La nullité ou la réduction des engagements souscrits de la raison sociale étant fondée sur le motif que les tiers n'ont pas été trompés, puisque l'acte de société rendu public leur apprenait la situation respective des associés, il faut conclure que, s'il n'y a pas eu de publicité, tout engagement revêtu de la raison sociale oblige la société. Les associés allégueraient vainement que la gestion appartenait à quelques-uns seulement : toute convention de société qui n'a pas été publiée est inapplicable aux tiers. A leur égard, les associés sont investis de pouvoirs égaux; chacun a le droit de gérer et d'engager la société dans la limite des opérations qu'elle embrasse. C'est une conséquence légale de l'association, et ce n'est qu'autant que les restrictions apportées aux droits de chacun ont été publiées, que les associés en peuvent exciper (**Add.** Troplong, n°s 805, 806, 807, 829).

242. Un arrêt de la cour de cassation du 26 juin 1829 (Dalloz, XXIX, 1, 280), a rejeté le pourvoi formé contre une décision de la cour d'Angers qui avait consacré ce système :

« Attendu que l'obligation qu'avaient contractée les sieurs de Mailly frères, par l'acte du 6 novembre 1817, de ne souscrire aucun engagement pour la durée que devait avoir l'exécution de cet acte, ne constituait qu'une obligation personnelle de la part des sieurs de Mailly envers Roger leur associé; que le défaut de publicité de l'acte qui renfermait cette convention exorbitante du droit commun la rendait sans application contre des tiers, lesquels, ayant contracté dans l'ignorance d'une semblable convention, étaient réputés agir de bonne foi; qu'en le jugeant ainsi, la cour d'Angers, loin de violer aucune loi, s'est conformée aux véritables principes du droit... »

243. Peu importerait, d'ailleurs, que les tiers eussent eu connaissance personnellement des stipulations qui interdisaient à l'associé traitant avec eux la gestion, et conséquemment l'emploi de la raison sociale. L'interdiction n'acquiert un caractère légal, obligatoire que par une publication régulière des conventions de société. Jusqu'à l'accomplissement des formalités tracées par le code de commerce, les associés sont, à l'égard des tiers, dans la condition d'égalité la plus complète. Il est permis de penser, quand ils ne publient pas les clauses qui restreignent cette égalité, qu'ils y ont renoncé tacitement pour s'en tenir au principe de l'administration collective (**Add.** Troplong, n°s 812, 812 3°).

244. De ce que les associés sont réputés mandataires les uns des autres, on devrait conclure que la raison sociale ne peut être employée que dans l'intérêt et pour les affaires de la société, et que tout engagement dont elle ne profite pas est nul. Mais comment appliquer la règle, sans jeter la perturbation dans le commerce? Quand l'associé gérant traite avec les tiers, et s'engage envers eux sous la raison sociale, il y a pour les tiers présomption légale qu'il agit pour la société, qu'il achète, vend, emprunte, ou négocie pour elle. Or, comment seraient-ils responsables, parce qu'infidèle au mandat qu'il a reçu des autres associés, il détourne les fonds qu'il emprunte de leur destination, et les fait servir soit à ses affaires, soit à ses plaisirs? La loi n'impose pas aux tiers l'obligation impossible de s'assurer si les négociations du gérant tournent au profit de la société : c'est aux associés d'y veiller. Il suffit aux tiers que le gérant n'ait pas excédé ses pouvoirs. Qui oserait contracter avec le représentant d'une société commerciale, si des fraudes qu'on ne peut empêcher influaient sur la validité des titres qu'il souscrit? Les associés doivent seuls expier le mauvais choix qu'ils ont commis (**Add.** Troplong, n° 816).

245. « Lorsque la dette a été contractée au nom de la société, dit Pothier (*Société*, n° 101), elle oblige tous les associés, quand même la dette n'aurait nullement tourné au profit de la société. Par exemple, si l'un des associés a emprunté une somme au nom de la société, le créancier qui a son billet signé *et compagnie*, peut en demander le payement à tous les associés, car le créancier qui a prêté la somme ne pouvait pas prévoir l'emploi qu'il ferait de la somme qui lui a été prêtée pour la société : les associés doivent s'imputer de s'être associés à un associé infidèle, de même qu'en pareil cas, un commettant doit s'imputer d'avoir préposé à ses affaires une personne infidèle. »

246. Savary exprime dans l'un de ses *parères* (t. II, p. 102) une opinion semblable. Consulté sur le mérite d'une sentence émanée du bailliage de Tours, et qui avait jugé qu'un associé ne pouvait se dispenser d'acquitter un billet signé par son associé, avec l'addition des mots *et compagnie*, quoiqu'il prouvât que le montant de ce billet n'était pas entré dans la caisse, et qu'il n'en avait pas été fait mention dans les livres de la société, il répond : « Il est indifférent que la somme prêtée ait été écrite ou non sur les livres sociaux; c'est à celui qui se plaint de cette omission à en demander raison à son associé, et non pas au porteur du billet, qui a donné de bonne foi son argent à la société, entre les mains de l'un des associés. La proposition contraire est ridicule; elle n'a jamais été admise parmi les négociants. Que si elle avait lieu, il n'y aurait jamais de sûreté à prêter son argent aux négociants associés; il ne tiendrait qu'à un marchand de s'associer un homme de néant, et lui faire emprunter au nom de la société des sommes considérables pour lesquelles il ferait des billets signés du nom social; d'affecter de ne point écrire sur les livres de la société les sommes empruntées, et de faire évader cet associé; et quand ceux qui auraient prêté leur argent viendraient en demander le payement, de les repousser en disant que les deniers empruntés par cet associé de néant ne sont point écrits sur les livres de la société; qu'il ne sait rien, et que ce n'est pas à lui qu'il faut s'adresser. En vérité, il faut ne pas avoir le sens commun pour soutenir cette proposition. »

247. Mais que faudra-t-il décider, si le tiers est de mauvaise foi; si, par exemple, il est prouvé, s'il est avoué que non-seulement l'engagement revêtu de la raison sociale n'a pas tourné au profit de la société, mais qu'il a eu pour objet l'acquittement d'une dette

personnelle à l'associé qui l'a signé? La société sera-t-elle, malgré cette preuve, obligée de payer?

Qu'un associé puisse, abusant de son mandat, dissiper le capital social, ou l'employer à ses affaires personnelles, et que cependant les autres associés n'aient aucune action contre les tiers dans les mains desquels leur fortune est passée, c'est l'inévitable conséquence des pouvoirs inhérents à la gestion. Le créancier personnel de l'associé gérant n'a pas à rechercher l'origine des écus qui lui sont comptés. Il suffit qu'ils puissent appartenir à son débiteur, pour qu'il soit autorisé à les recevoir et à les garder : *Nihil dolo creditor facit qui suum recipit* (l. 129, D. *de reg. juris*).

248. Mais de ce que les fonds sociaux peuvent être ainsi détournés de leur application, résulte-t-il que si la caisse est vide, le gérant puisse impunément employer la raison sociale, et, sauf à répondre envers les associés de l'abus qu'il en fait, souscrire au profit de son créancier, à lui, des engagements qui obligeront la société? Bien que le résultat soit le même à peu près pour les associés, il existe entre ces deux cas cette grave différence, que dans le premier, la bonne foi n'est pas impossible, et que par cela seul il la faut admettre; tandis que dans le second, le créancier personnel est le complice nécessaire de la fraude commise par l'associé gérant, et que s'il ne la provoque pas, il la connaît au moins et en profite. *Scientia præsumitur, ubi ignorantia non est verisimilis* (Casaregis, *disc.* 145).

Or, à quel titre la société, l'être moral, serait-il tenu d'un engagement dont il n'a pas à espérer de compensation, puisque son objet est d'éteindre la dette personnelle de l'associé dont il émane? A quel titre le tiers qui n'a pas traité avec la société, qui ne lui a rien fourni, argent ou marchandise, réclamerait-il l'exécution de cet engagement, quand il sait que, s'il est souscrit de la raison sociale, c'est par fraude, puisque l'associé ne pouvait agir pour la société? Celui qui contracte avec un mandataire dont il connaît l'incapacité, peut-il donc avoir une action utile contre le commettant?

La loi civile et la loi commerciale protègent la bonne foi; elles excusent l'erreur nécessaire, et donnent en général aux contrats déterminés par l'apparence, la même force qu'aux contrats les plus réguliers. Mais n'est-ce pas exagérer, n'est-ce pas pervertir ces sages dispositions, que d'en tirer une immunité pour la fraude, un encouragement pour le vol?

249. Cependant la cour de cassation a consacré l'opinion contraire, par un arrêt du 11 mai 1838 (Dalloz, XXXVIII, 1, 403). Dans le fait, une société de commerce s'était formée en 1828 à Paris, sous la raison *Monnet et Goguel*. Goguel devait personnellement une somme de 11,421 fr. à un sieur Jordis; il lui remit pour s'acquitter des billets souscrits de la raison sociale. A l'échéance, la société étant dissoute, Jordis s'adresse à Monnet et réclame son payement. Monnet refuse; mais un jugement du 21 mars 1833, le condamne :

« Attendu qu'une société commerciale en nom collectif a existé entre Monnet et Goguel;

» Que la signature sociale et le droit d'engager la société par la signature ont été attribués à chacun des associés;

» Que Jordis, créancier sérieux et à titre onéreux de Goguel, a pu, sans fraude ni dol, accepter de lui des valeurs souscrites de la signature Monnet et Goguel, en l'acquit de sa créance. »

Sur l'appel, la cour royale de Paris adopte les motifs des premiers juges et confirme leur décision.

Monnet se pourvoit en cassation. Mais son pourvoi est rejeté, par arrêt de la chambre civile, au rapport de Chardel :

« Attendu qu'aux termes de l'art. 22 du code de commerce, la signature sociale engage solidairement tous les associés, et qu'il suit de cette disposition, que les engagements contractés sous cette signature sont de véritables engagements de la société;

» Qu'il est constant au procès que Goguel avait la signature de la société Monnet et Goguel;

» *Qu'il a pu en disposer à l'égard des tiers, pour éteindre ses propres dettes, sauf à en tenir compte à son coassocié;*

» Que si Goguel a abusé de la signature sociale, c'est à Monnet à s'imputer d'avoir mal placé sa confiance;

» Que d'ailleurs, le jugement de première instance, dont la cour royale a adopté les motifs, déclare Jordis créancier sérieux et légitime de Goguel, et décide qu'il a reçu de celui-ci, sans fraude et de bonne foi, les effets revêtus de la raison sociale, en payement de sa créance. »

Nous le disons à regret, mais sans hésitation, rien n'est plus dangereux, plus faux, plus contraire à la loi qui règle les rapports des associés avec les tiers, que la doctrine de cet arrêt. Oui, par cela seul que la raison sociale est le symbole de la société personnifiée, et que l'associé auquel la convention attribua le droit de l'employer, se constitue le mandataire des autres associés, elle ne peut servir qu'aux affaires sociales. Il est légalement impossible qu'un mandataire, en s'entendant avec ses créanciers, leur transmette valablement la fortune de son commettant (**Add.** TROPLONG, n° 816, note.)

250. Écoutons Pothier sur cette question (*Société*, n° 101) :

« Lorsque la dette a été contractée au nom de la société, elle oblige tous les associés, quand même la dette n'aurait aucunement tourné au profit de la société : par exemple, si l'un des associés a emprunté une somme au nom de la société, quoiqu'il ait employé cette somme à ses affaires particulières, et non à celles de la société, le créancier qui a son billet signé *et compagnie* peut en demander le payement à tous les associés, car le créancier qui a prêté la somme à un des associés ne pouvait prévoir l'emploi qu'il ferait de la somme qu'il lui a prêtée pour la société; les associés doivent s'imputer de s'être associés à un associé infidèle, de même qu'en pareil cas on doit s'imputer d'avoir préposé à ses affaires une personne infidèle.

« Mais si par les clauses du contrat que j'ai fait avec une personne qui était en société de commerce avec d'autres, il paraissait que l'objet du contrat ne concernait pas les affaires de la société, quoiqu'elle ait signé à ce marché *et compagnie, cette dette ne sera pas pour cela réputée une dette de société*, comme si ce contrat était un marché pour des ouvrages à faire à une maison qu'elle possédait hors de la société, PARAISSANT, PAR CE QUI EN FAISAIT L'OBJET, QU'ELLE NE CONCERNE PAS LES AFFAIRES DE LA SOCIÉTÉ. » (*Et similiter consocii non remanent obligati ex contractu alterius socii initi super re aut negotio ad societatem minimè spectante* (Casaregis, t. 1, *disc.* 39, n° 12).

251. Merlin, qui adopte cette opinion, cite, pour la confirmer, le fragment suivant du *Journal du Parlement* de Toulouse :

« Rigaud ayant eu Malvet pour associé pour fait de draperie, Malvet avait reçu de Sicard 3,300 liv., et lui avait donné une lettre sur Lyon, signée *Rigaud et Malvet*. Sicard a attaqué Rigaud pour le payement de ce billet. Rigaud s'est défendu par plusieurs moyens, savoir, que la société avait fini lors du bil-

let, ce qui ne paraissait pas; comme aussi que la somme de 3,300 francs n'était pas venue au profit de la société, mais avait été employée uniquement aux affaires propres et particulières de Malvet. On n'a pas trouvé ce moyen bon; il le serait si le billet était signé seulement *Malvet*; mais étant signé *Malvet et Rigaud*, alors c'est à la société qu'on prête, et le créancier est en droit de se faire payer par la société. Le moyen tiré de ce que la société avait pris fin aurait été bon, mais elle n'avait été dissoute que depuis le procès. Rigaud opposait à Sicard que c'était par complot et intelligence, et sachant bien que Malvet prenait cet argent pour ses affaires particulières, qu'il avait fait signer *Rigaud et Malvet*. Mais Sicard, interrogé sur faits et articles, l'avait nié, et Rigaud ne le prouvait pas. En conséquence, Rigaud fut, par arrêt du 15 février 1726, condamné à payer le billet. »

252. « Mais que serait-il arrivé, » ajoute Merlin, « si Rigaud eût prouvé que Sicard savait, en recevant le billet, que Malvet n'en avait pas versé le montant dans la caisse de la société, et qu'il devait l'employer pour ses affaires personnelles? *Il aurait eu le droit de faire déclarer le billet inobligatoire à son égard.* »

Ce n'est pas d'ailleurs en passant et sans l'avoir approfondie, que Merlin émet cette doctrine; il l'a soutenue expressément en 1806, devant la cour de cassation.

L'espèce mérite qu'on la rappelle.

253. Une société de commerce s'étant formée le 12 pluviôse an v, sous la raison *Bonnet-Imbert, Chataud et Gor*, chaque associé avait reçu le droit de signer sous la raison sociale tous les engagements relatifs aux affaires communes.

En l'an x, la société se dissout. Gor avait souscrit de la raison sociale des lettres de change, et les avait remises à un sieur Vincent, son créancier personnel. On le dénonce comme coupable de faux; Vincent est compris dans la poursuite comme complice, et après une involution de procédure, qu'il serait sans intérêt de rappeler, un arrêt est rendu par la cour de justice criminelle et spéciale du département du Var, qui décide que les faits énoncés constituaient le crime de faux. Pourvoi. Merlin examine et discute l'affaire. Dans des conclusions très-développées, il établit que si le faux accompagnait toujours et nécessairement le dol et le mensonge, la question de savoir si Gor pourrait être accusé de faux, par cela seul qu'il aurait employé la signature sociale pour grever la société d'engagements qui ne tendaient qu'à le libérer envers ses créanciers personnels, ne souffrirait aucun doute;

Que si Gor, en effet, s'est rendu coupable du fait qu'on lui reproche, il s'est évidemment rendu coupable de dol envers ses associés, en se servant de leur nom pour les grever de dettes qui ne les regardaient pas; qu'il a évidemment commis autant de mensonges qu'il a de fois employé la signature sociale dans des actes absolument étrangers à la société; mais que quoiqu'il y ait toujours dol et mensonge dans le crime de faux, il n'y a pas toujours crime de faux dans le mensonge;

Que le faux n'existe qu'autant qu'il y a eu contrefaçon ou altération de l'écriture d'autrui, supposition de personne ou supposition frauduleuse d'une obligation qui n'existe pas;

Que les faits incriminés ne présentent aucun de ces caractères;

Que Gor ayant la signature sociale n'a altéré ni contrefait l'existence de qui que ce soit; qu'il a usé de son droit, et que par la force du principe les engagements qu'il a signés sont censés émanés de la société même;

Qu'à la vérité, elle n'en profite pas, mais que cette circonstance n'affaiblit pas la fiction légale qui attribue à la société les engagements que l'associé souscrit de la raison sociale; qu'il en résulte seulement que Gor, en souscrivant pour son compte personnel des engagements qui, par leur teneur, ne pouvaient servir qu'à la société, a commis une prévarication, et faussé la foi qui le liait à ses associés;

Que bien que Gor ait fait un usage frauduleux de son pouvoir, il n'en demeure pas moins constant que les engagements dont la société a, par sa main, exigé le recouvrement n'ont rien de faux; que le mensonge n'est pas dans les titres, mais dans le fait de celui qui ayant le pouvoir de les créer, les a créés réellement et avec tous les caractères de véracité; qu'en un mot, la destination du titre, tout abusive qu'elle est, n'en altère pas la force extérieure.

Appréciant ensuite les rapports qui avaient existé entre Gor et Vincent, Merlin expose que les lettres de change ne peuvent être réputées fausses parce que Vincent était de mauvaise foi lorsqu'il les a reçues de Gor, la bonne ou la mauvaise foi de Vincent n'ayant pu rien changer au caractère primitif de l'acte que Gor avait fait en créant ces lettres;

Que tout ce qui résulterait de cette circonstance, c'est qu'ils auraient, l'un et l'autre, commis une escroquerie, un vol ou préjudice de la société.

Sur ces conclusions, arrêt du 16 octobre 1806, au rapport de Vergès, qui casse la décision de la cour de justice criminelle du Var:

« Attendu qu'il a été formellement convenu, dans l'acte de société du 10 pluviôse an v, par Imbert, Chataud et Gor, que chacun des associés aurait le droit de faire usage de la signature sociale;

« Que l'abus criminel que Gor pourrait avoir fait de cette signature de la société pour parvenir à éteindre des dettes purement personnelles, ou pour grever de toute autre manière la société, ne peut caractériser le crime de faux;

« Que cet abus et les escroqueries qui peuvent en avoir été le résultat auraient été exclusivement de la compétence du tribunal correctionnel, tant à l'égard de Gor que de ses complices;

« Qu'en effet, la fausse cause que Gor pourrait avoir donnée aux obligations qui ont été contractées et revêtues de la signature sociale, pendant l'existence de la société, *présenterait une prévention de faits de dol, de fraude, de simulation et d'escroquerie*, essentiellement distincte et séparée du crime de faux... »

L'arrêt se termine par ces mots: « *Sauf aux plaignants à se pourvoir devant le tribunal de police correctionnelle, tant contre Gor, pour raison des faits de dol, de fraude, de simulation et d'escroquerie qui lui sont imputés, que contre Vincent... et tous autres porteurs d'effets dénommés par l'arrêt de la cour criminelle du Var, pour raison de la coopération et de la complicité dont ils sont prévenus* (*Rép.*, vo *Faux*, p. 556, 5e édit.).

Ce qui résulte évidemment des conclusions dont nous avons présenté la fidèle analyse, et de l'arrêt qui les couronne, c'est que dans la pensée de Merlin, comme dans celle de la cour, il ne pouvait résulter contre la société aucune obligation des titres que l'associé avait remis à son créancier personnel, revêtus de la signature sociale; et que la moindre peine qui pût atteindre l'auteur et le complice de la fraude dirigée contre les associés, était la nullité des engagements. Il ne tombe pas sous le sens que des faits dans lesquels la cour de cassation reconnaissait les caractères de l'escroquerie puissent servir de fondement à une action du complice contre la société. La nullité est l'inévitable conséquence des principes qui ont été posés.

254. Comment donc la cour de cassation s'en est-elle écartée en 1838? Par quels motifs a-t-elle été déterminée à abandonner une doctrine qui s'appuyait sur l'autorité de Pothier, de Merlin, sur sa propre jurisprudence?

L'arrêt du 11 mai repose sur les trois raisons suivantes :

1° Que l'associé qui a la signature sociale en peut disposer à l'égard des tiers pour éteindre ses propres dettes, sauf à en tenir compte à ses coassociés;

2° Que c'est à Monnet de s'imputer d'avoir mal placé sa confiance;

3° Qu'il résulte du jugement de première instance et de l'arrêt de Paris, que Jordis, créancier sérieux et légitime de Goguel, a reçu sans fraude et de bonne foi les effets revêtus de la raison sociale, en payement de sa créance.

Le premier de ces motifs est, nous le croyons, réfuté par tout ce qui précède. Qu'il nous soit permis, cependant, d'insister, et de demander d'où l'arrêt de cassation a tiré la conséquence, qu'un associé peut abuser de la raison sociale, sauf à répondre envers les autres associés des abus qu'il aura commis.

255. Personne, assurément, n'oserait soutenir qu'un mandataire ordinaire peut, sous cette condition, disposer au profit de tiers qui connaissent la fraude et s'y associent, d'une partie quelconque de la fortune de son mandant. Il est absurde de supposer qu'un mandataire fasse payer ses dettes à son commettant, sauf au commettant à exercer un recours dont la déloyauté du mandataire semble démontrer l'inutilité par avance. Or, comment s'expliquer que le gérant d'une société commerciale soit dans une situation différente? qu'il puisse étendre ses pouvoirs jusqu'à s'approprier le fonds social? qu'il puisse conférer à ses créanciers particuliers le droit de s'emparer non-seulement des capitaux que les autres associés ont mis dans la société, mais encore du patrimoine qu'ils se sont réservé, puisque tel est l'effet des engagements revêtus de la raison sociale, que le créancier, si le fonds social ne suffit pas, peut étendre la main sur tout ce qui appartient aux associés personnellement, exercer contre eux la contrainte par corps, et même, s'il le juge à propos, les constituer en état de faillite?

C'est un principe constant, en droit, que celui qui traite avec un incapable en doit porter la peine. Le préjudice est à sa charge; mais comme l'application extrême du principe peut devenir, en certains cas, une cause de ruine pour les tiers que l'apparence aurait trompés; la loi vient à leur secours, et s'ils sont de bonne foi, elle rejette la perte sur ceux dont la négligence a pu contribuer à les entraîner dans l'erreur. Or, n'est-ce pas intervertir les rôles que de déclarer valables des titres revêtus de la raison sociale, quand l'associé dont ils émanent les a remis en payement à ses créanciers personnels, sauf aux associés qui payent une dette qui ne les concerne pas, à recourir contre l'associé qui les a trompés? Est-ce qu'en ce cas, il y a une faute imputable à la société? Est-ce que les tiers ont été induits en erreur? Est-ce qu'ils n'ont pas connu la fraude? Est-ce qu'elle n'a pas eu lieu dans leur intérêt exclusif?

256. L'arrêt ajoute, que c'était à Monnet de s'imputer d'avoir mal placé sa confiance. Oui, sans doute, quand le mandataire qu'on choisit est infidèle, et que traitant dans la limite du mandat, il compromet les droits du mandant, les tiers n'en sont pas responsables. Mais pourquoi? La loi le dit elle-même : parce qu'ils sont de bonne foi; parce que dans l'ignorance absolue des intentions du mandataire, ils sont autorisés à croire qu'il agit dans l'intérêt et pour l'avantage du commettant; parce que, enfin, ils ne sont pas tenus de surveiller l'usage que le mandataire fait des pouvoirs qu'il a reçus. L'axiome vulgaire que l'infidélité ou l'incapacité du mandataire reste à la charge du mandant, n'a jamais eu d'autre signification, et c'est heurter la loi, la raison, le simple bon sens, que de livrer le mandant à l'action des tiers quand leur titre même accuse la part qu'ils ont prise à l'abus de confiance que le mandataire a commis.

Le dernier motif de l'arrêt ne se justifie pas davantage.

Qu'importe, en effet, que la créance étrangère à la société soit ou non sérieuse? La question n'était pas de savoir si, ajoutant une fraude à une autre fraude, le gérant et le tiers avaient supposé d'accord un engagement imaginaire, mais si la société pouvait être condamnée à payer les dettes personnelles de l'un des associés.

257. Quant à la bonne foi, elle est incompatible avec les faits mêmes sur lesquels est basé l'arrêt. La bonne foi, qui autorise les tiers à réclamer du mandant l'exécution des engagements contractés par un mandataire infidèle, n'est pas en effet l'absence du dol; et il ne suffit pas de prouver, pour légitimer leur action, qu'il n'y a pas eu concert frauduleux entre le mandataire et le tiers. La bonne foi, c'est l'ignorance invincible de l'incapacité du mandataire pour l'acte qu'il a fait. Le tiers qui sait ou peut savoir les vices de son titre n'est pas de bonne foi.

Ainsi l'art. 550 du code civil déclare que le possesseur est de bonne foi, quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre dont il ignore les vices; il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui sont connus.

Ainsi la cour de Paris a décidé, par un arrêt du 20 juillet 1833, que le transport d'une créance était nul quand l'acquéreur n'était pas *dans l'ignorance nécessaire des droits des tiers*. Dans l'espèce, le dol n'était pas même allégué; on se bornait à soutenir que le cessionnaire avait manqué de prudence, et qu'en vérifiant avec plus de scrupule l'existence et l'étendue des droits du cédant, il aurait eu la preuve que celui-ci n'était pas seul intéressé dans la créance; et, sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Paris, pour violation des art. 520, 2279, 1689 et 1690 du code civil, la cour de cassation a déclaré que, loin de contrevenir à ces dispositions, l'arrêt en avait fait une saine application (4 mai 1836).

Ainsi encore la cour de cassation a jugé, le 25 janvier 1842 (Dalloz, XLII, 1, 385), que la connaissance qu'avait eue un cessionnaire, par acte authentique, d'une obligation sous seing privé contractée par le cédant, et dont la créance cédée formait la garantie, entraînait la nullité du transport, comme n'étant pas de bonne foi (voy. arrêt de cassation, du 6 mars 1838; Dalloz, XXXVIII, 1, 206).

Or, le jugement et l'arrêt de Paris constataient que la créance de Jordis était étrangère à la société : comment donc Jordis a-t-il pu, de bonne foi, c'est-à-dire ignorant l'abus que Goguel faisait de ses pouvoirs, recevoir un titre qui supposait un contrat fait avec la société?

Il faut revenir à la doctrine de Pothier et de Merlin. Si les tiers ont pu croire que l'associé qui traitait au nom de la société agissait pour le compte et dans l'intérêt de la société, les engagements souscrits de la raison sociale sont obligatoires, quel qu'ait été d'ailleurs le résultat de l'opération pour la société. Mais s'il résulte de la position respective des contractants, de la teneur du titre souscrit par l'associé, ou de la déclaration du tiers, que la dette pour laquelle un engagement a été souscrit de la raison sociale, ne concernait pas la société, le tiers n'a rien à lui deman-

der; car il est complice de la fraude préparée contre elle par un mandataire infidèle: et si l'on ne veut pas, avec Merlin, avec l'arrêt de 1806, trouver dans un tel fait un abus de confiance, une escroquerie, un vol, au moins est-il certain que la fraude du mandataire ne peut conférer un droit quelconque au tiers qui s'y est associé pour dépouiller la société.

258. Tous les actes qui concernent la société doivent être faits sous la raison sociale. Nous en avons dit le motif: la raison sociale personnifie la société; c'est son état civil, c'est son nom. Mais, de même qu'un engagement souscrit par l'associé, gérant en son nom personnel, oblige la société, s'il en résulte expressément qu'il a été contracté par la société, de même si tous les associés prennent part à l'opération, et qu'elle se réfère au commerce que fait la société, l'acte qui la constate, quoique non revêtu de la raison sociale, doit appartenir à la société. Il l'oblige ou lui profite, selon les cas. La signature des mandants équivaut à celle du mandataire.

259. Cette solution n'est pas sans importance pour les associés et pour les tiers.

Pour les associés : car, si l'on admet que le concours des associés à une convention intéressant la société, ne supplée pas à la signature sociale, chacun des associés acquiert un droit déterminé dans la créance, et le débiteur, qui a des exceptions de compensation ou autres à opposer à quelqu'un d'entre eux, a le droit de les invoquer; tandis que, s'il s'agit d'une créance sociale, il n'y a pas d'exception à opposer à la société du chef des associés, avec lesquels elle ne se confond pas.

Pour les tiers : car, dans le premier cas, à moins que la solidarité n'ait été stipulée, ou que l'engagement ne soit indivisible, le créancier ne peut exiger de chacun que sa part virile, tandis que, dans le second, il a tout à la fois action contre la société, et action solidaire contre les associés.

Cette doctrine, consacrée par un arrêt de la cour de Toulouse du 5 janvier 1833 (Dalloz, XXXIII, 2, 127), et par un autre de la cour de Rennes du 20 janvier 1839 (Dalloz, XXXIX, 2, 121), nous semble d'autant plus vraie, que la raison sociale, instituée pour éviter les lenteurs et les embarras inséparables du concours obligé de tous les associés aux actes relatifs à la société, n'est en réalité que la formule du mandat que les associés se donnent entre eux; or, c'est une règle certaine, que le mandant peut toujours prendre la place du mandataire.

260. La raison sociale ne peut régulièrement être employée que par les associés; si cependant le gérant est étranger à la société, ce que la loi ne défend pas, il en peut user, mais à la charge d'indiquer qu'il signe par procuration. Un arrêt de la cour de Paris du 5 mars 1831 (Dalloz, XXXI, 2, 99) a jugé que le commis qui, par l'usage pur et simple de la raison sociale, avait induit les tiers en erreur sur sa qualité véritable, pouvait être condamné solidairement au payement des effets par lui mis en circulation. C'est une juste application du principe que celui qui cause du dommage à autrui par sa faute, ou par son imprudence, est tenu de le réparer.

261. La solidarité qui naît de la société collective n'est pas seulement une solidarité passive, en ce sens, que chacun des associés peut être contraint de payer en totalité les dettes sociales; elle est active aussi, c'est-à-dire que chacun des associés peut exiger des débiteurs l'intégralité des sommes dues à la société.

Mais quand l'un des associés a été investi de la gérance, il résume et confond dans sa personne tous les droits de la société. Lui seul, comme nous l'avons expliqué dans les prolégomènes, peut réclamer le payement des créances communes; lui seul peut, en signant la quittance de la raison sociale, libérer pleinement le débiteur.

L'associé exclu de la gestion ne peut pas plus recevoir les sommes dues à la société, qu'il ne peut, en usurpant l'usage de la raison sociale, créer des engagements qui lient la société; le tiers qui aurait payé dans ses mains ne serait pas libéré, si les fonds recouvrés étaient détournés de la caisse sociale (**Add.** Troplong, no 866).

262. Si cependant le titre de créance était remis au débiteur au moment du payement, les tribunaux auraient à apprécier les circonstances; et s'il apparaissait que le tiers a été de bonne foi, sa libération ne serait pas contestable. De deux choses l'une, en effet: ou la société a confié le titre à l'associé; et dans ce cas il y a présomption nécessaire qu'il a été chargé de l'encaisser. Dans quel autre intérêt une créance serait-elle remise à un des associés, sinon pour en recouvrer le montant? Ou la possession résulte d'un abus; et, dans ce cas même, n'est-ce pas à la société, qui, faute de précaution, a facilité le détournement commis par l'associé, d'expier sa négligence? On alléguerait vainement que l'extrait de la société, rendu public, avertissoit le débiteur de ne pas payer entre les mains d'un associé auquel la convention interdisoit tout acte de gestion. Le débiteur, quand un associé, c'est-à-dire un de ses créanciers, lui présente son titre échu, n'a pas à s'inquiéter de sa capacité; il a juste sujet de croire que, s'il n'a pas en lui-même le pouvoir d'exiger le payement, il le tire du mandat que lui ont donné les autres associés. Le mandat tacite se suppose facilement entre les associés, et c'est sur ce fondement que la doctrine et la jurisprudence ont déclaré valables les engagements souscrits de la raison sociale par un associé non gérant, toutes les fois que de pareils engagements, quoique émanant d'un associé exclu de la gestion, avaient été antérieurement acquittés par la société. Le fait, en ce cas, est plus fort que la convention.

Or, comment les tiers ne trouveraient-ils point une preuve suffisante de mandat dans la possession du titre de créance par l'associé non gérant? S'il était reconnu que la société elle-même a remis à l'associé l'effet qu'il a touché, il n'y aurait pas de doute sur la validité du payement; il ne doit pas en exister davantage dans le cas que nous supposons; car l'apparence est la même. Le payement fait de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance du détournement imputable à l'associé, est donc libératoire; et c'est à la société de souffrir le dommage dont sa négligence est la seule cause.

Inutile de faire remarquer que ces questions s'élèveront seulement lorsque la convention de société aura été publiée; car, dans le cas contraire, tous les associés ayant des droits égaux, chacun d'eux représente la société d'une manière complète, et peut valablement recevoir le payement des sommes qui lui sont dues (**Add.** Troplong, nos 866-700 4o).

263. Il reste deux observations à faire.

La première, c'est qu'avant de s'adresser à l'un des associés, le créancier doit attaquer la société; c'est avec la société qu'il a traité; il en a reçu un engagement dont il doit poursuivre l'exécution: ce n'est qu'après avoir obtenu des condamnations contre l'être collectif qu'il peut, à défaut de payement, réclamer ce qui lui est dû des associés personnellement.

La seconde, c'est qu'à moins de stipulation contraire, la solidarité n'est point attachée aux répétitions que peuvent exercer l'un contre l'autre les associés, à raison de leurs rapports sociaux.

264. Lorsque l'associé traite avec la société comme tierce personne, et qu'en échange de l'argent ou des

marchandises qu'il livre, il reçoit un engagement souscrit de la raison sociale, sa position est absolument la même que s'il était étranger à la société. Il a, tout à la fois, action contre la société et action solidaire contre les associés; et quel que soit l'état des affaires sociales, il peut user de son droit à la rigueur. Ce n'est qu'après la dissolution de la société qu'on peut opposer des compensations à l'associé qui se présente comme créancier. Jusque-là, on ne peut pas lui refuser son payement, sous prétexte d'une insolvabilité qui ne peut résulter légalement que de la liquidation : cette insolvabilité ne pourrait être opposée à un créancier ordinaire; et il en a tous les droits.

265. Mais quand l'associé, agissant en cette qualité, fait des avances à la société; quand il paye des dettes communes, ou verse dans les magasins des marchandises achetés de son argent, il ne peut répéter de chaque associé que sa part contributive; et si des insolvabilités se manifestent, il en subit la conséquence comme les autres associés. Il suffit de se rappeler que la solidarité repose sur ce qu'à l'égard des tiers, chacun des associés représente activement et passivement toute la société, pour comprendre que sans convention positive elle ne peut s'appliquer entre associés; car pour eux la confusion de l'être collectif et des individus est impossible, et obligés qu'ils sont au payement proportionnel des dettes, l'exercice de la solidarité les jetterait dans un circuit d'actions vraiment inextricable.

La doctrine contraire semblerait, au premier coup d'œil, résulter d'un arrêt de la cour de cassation du 17 février 1830 (Dalloz, XXX, 1, 130); mais en examinant avec soin cet arrêt, on voit que les circonstances du procès ont seules amené la solution. Le droit a disparu sous le fait. Aussi la question s'étant présentée nettement, la cour n'a pas hésité à repousser la solidarité, en cassant un arrêt de Colmar qui l'avait prononcée :

« Attendu que, d'après l'art. 1202 du code civil, la solidarité ne se présume point, et ne peut être admise si elle n'est expressément stipulée par les parties, ou établie par une disposition législative;

« Qu'aucune loi ne l'établit entre associés pour l'exécution des engagements respectifs des uns envers les autres, et qu'on ne justifie d'aucun usage contraire sur ce point;

« Qu'elle a seulement lieu pour les engagements des sociétés collectives envers les tiers, et que, suivant l'art. 1214 du code civil, si l'un des associés solidaires satisfait le créancier commun, les autres ne sont tenus de la dette envers lui que chacun pour sa part et portion;

« Que dans l'espèce, l'arrêt attaqué ne dit point qu'il y ait eu, entre les associés, une stipulation de solidarité pour l'exécution de leurs engagements respectifs; qu'il fonde uniquement la solidarité qu'il prononce, sur ce que la somme qu'il adjuge à Gœtschy est due comme représentant des valeurs liquides de denrées par lui fournies, pour compléter des marchés contractés par la société;

« Que de ce fait il résulte que cette somme ne lui est due que comme créancier direct de la société, ou comme créancier par subrogation, et que dans l'un ni l'autre cas, il ne peut, d'après les articles ci-dessus cités, l'exiger solidairement de ses associés. »

Cet arrêt est du 15 novembre 1831 (Dalloz, XXXI, 1, 352).

Quel que soit donc le principe de l'action intentée par un des associés contre ses coassociés, soit qu'il réclame la restitution de sa mise, soit qu'il demande le remboursement de sommes qu'il a consacrées aux affaires communes en sus de son apport, par cela seul qu'il a agi comme associé, il ne peut se prévaloir de la solidarité : l'art. 1212 du code civil reçoit sa pleine application (**Add.** Troplong, nos 611-612).

266. L'associé peut d'ailleurs, pour le recouvrement de ce que lui doit chacun de ses coassociés, exercer contre eux la contrainte par corps. C'est un mode d'exécution inhérent aux dettes commerciales, et il est bien reconnu aujourd'hui, que la qualité d'associé n'altère point la nature et les effets de la créance.

---

§ II. — SOCIÉTÉ EN COMMANDITE.

Art. 23. La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, que l'on nomme *commanditaires* ou *associés en commandite*.

Elle est régie sous un nom social qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires (*c*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 15. *La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés ordinaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds que l'on nomme commanditaires* (*a*).

PROJET REVISÉ. — Art. 15. Conf., sauf qu'on y ajoute : « *Que l'on nomme commanditaires ou actionnaires en commandite.*

« *Elle est régie sous un nom social.* »

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 21. *La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés gérants, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite.*

Elle est régie sous un nom social qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs gérants (*b*).

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE PARIS. — Les art. 15, 16, 17 et 18, relatifs aux sociétés en commandite, sont susceptibles d'une meilleure rédaction; la commission propose de les remplacer par deux articles, qui seraient conçus ainsi qu'il suit :

« 1° La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés, qui répondent en entier et solidairement

entre eux de la dette sociale, comme associés ordinaires, et un ou plusieurs associés, simples bailleurs de fonds, qui ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société; ceux-ci sont appelés *commanditaires*, les autres se nomment *associés principaux*.

« 2° L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant, ni comme mandataire du gérant, aux achats, ventes, obligations et arrangements concernant la société; son nom ne peut faire partie du nom social.

« S'il souffre que son nom fasse partie du nom social, ou s'il concourt de manière ou d'autre aux opérations de la société, en ce cas il est obligé solidairement avec l'associé ou les associés principaux pour toutes les dettes de la société. »

La seule comparaison de ces articles avec ceux du projet en fera remarquer la différence; elle consiste principalement d'une part dans l'énonciation de l'obligation solidaire des associés principaux relativement aux dettes, et le contraste de cette obligation avec l'engagement limité de l'associé commanditaire; d'autre part, dans une addition qui porte que le commanditaire ne peut concourir, même comme mandataire du gérant, aux achats et autres opérations de la société; l'expérience a prouvé que cette addition était nécessaire pour empêcher les abus.

TRIB. DE RIOM. — Art. 15. Au lieu d'*un ou plusieurs associés solidaires*, il faudra *un ou plusieurs commerçants associés solidaires*, parce que, quand il n'y en a qu'un, il n'est pas associé.

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE GENÈVE. — Voy. art. 20.

TRIB. DE ROUEN. — Art. 15 et 16. Ces deux articles peuvent se réunir dans la rédaction suivante :

« La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés ordinaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires.

« Le nom de l'associé commanditaire ne peut faire partie du nom social.

« L'associé commanditaire ne peut être tenu que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société. »

TRIB. DE MARSEILLE. — Art. 15. La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés dénommés et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires.

L'expression de *dénommés* est précise, au lieu que celle *ordinaires* employée dans le projet ne présente qu'un sens vague.

(*b*) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

L'art. 24 est discuté.

JAUBERT observe que plusieurs peuvent être associés solidaires, sans néanmoins être tous gérants. Il demande que le mot *solidaires* soit substitué au mot *gérants*.

L'article est adopté avec cet amendement.

OBSERVATIONS DES SECTIONS RÉUNIES DU TRIBUNAT.

Art. 24. On a remarqué que les expressions de *gérants ou de non gérants*, employées dans cet article et les suivants, pouvaient donner lieu à des équivoques embarrassantes dans les discussions judiciaires. En effet, quoique la gestion ait véritablement pour auteurs tous ceux de l'établissement social, néanmoins il peut arriver qu'elle ne s'opère pas par tous, comme lorsque ces associés délèguent le soin de gérer à quelqu'un d'entre eux seulement, ou même lorsqu'ils vont jusqu'à stipuler que tel ou tel d'entre eux ne pourra pas gérer.

Dans cette stipulation il serait à craindre que l'associé qui, comme auteur de l'établissement social, se trouverait dans la collection des associés solidaires, ne prétendît, s'il ne participait pas directement et par lui-même aux opérations de la gestion, être rangé dans une classe distincte de celle des gérants et n'avoir de solidarité avec eux qu'à la manière des cautions, d'autant plus que l'article 27 du projet, en parlant des gérants, leur impose, outre l'obligation commune et solidaire, une obligation personnelle, qu'on pourrait regarder comme exclusivement inhérente au fait de la gestion. De là, en se livrant à la facilité des commentaires, on viendrait à conclure que désormais il pourrait y avoir dans la commandite trois classes d'associés; savoir, des associés gérants qui seraient obligés personnellement et solidairement; des associés non gérants, mais soumis à l'obligation solidaire sans l'être à la personnelle, et, enfin, des associés non gérants ni solidaires, qui seraient simples commanditaires.

Un tel système, sans doute, n'a pas été celui des rédacteurs du projet; mais, pour éviter que l'on n'abuse des termes pour l'établir, les sections réunies pensent que ces expressions *gérants* et *non gérants* doivent disparaître de tous les articles où elles se trouvent.

Elles observent en particulier sur le présent article, que le mot *responsables* qui paraît devoir être joint à celui de *solidaires*, ne convient qu'au cas où il y a plusieurs associés principaux, et il faut un autre terme applicable au cas où un seul associé principal est joint aux commanditaires.

D'après cela, l'art. 24 serait ainsi rédigé :

« La société en commandite se contracte entre un ou plusieurs associés, responsables et solidaires, et un ou plusieurs associés simples bailleurs de fonds, que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite.

« Elle est régie sous un nom social, qui doit être nécessairement celui d'un ou plusieurs des associés responsables et solidaires. »

(*c*) MOTIFS.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely), orateur du gouvernement : « Mais, s'il importait de favoriser la société en commandite, qui permet à tout propriétaire de capitaux de s'associer aux chances commerciales; qui donne un aliment à la circulation; qui ajoute à son activité; qui multiplie les liens sociaux par une communauté d'intérêts entre le propriétaire foncier et le fabricant, entre le capitaliste et l'armateur, entre les premiers personnages de l'État et le commerçant le plus modeste; il importait d'empêcher les spéculations frauduleuses faites avec audace, sous un nom inconnu, à l'aide duquel on faisait les plus hasardeuses opérations de commerce, de banque ou d'agiotage, et qu'on livrait, en cas de mauvais succès, au déshonneur obscur d'une banqueroute calculée d'avance. »

SOMMAIRE.

négociant, d'après l'ordonnance de 1673 et Savary (Troplong, n° 387).

267 12°. *Elle ne doit pas être enregistrée* (Troplong, n° 388).

267 13°. *Inconvénients de cela* (Troplong, n° 389).

267 14°. *De la commandite entre négociants sous l'ordonnance de 1673 et d'après Savary.*

Cette société diffère beaucoup de la commandite organisée par le code de commerce (Troplong, n° 390).

267 15°. *Tous les associés y ont un rôle actif et un ministère à remplir* (Troplong, n° 391).

267 16°. *Point de raison sociale. Chacun agit séparément sous son nom particulier. Savary compare cette société à une république* (Troplong, n° 392).

267 17°. *Les billets se font sous le nom particulier de chacun* (Troplong, n° 393).

267 18°. *Savary veut qu'on fasse enregistrer la partie qui intéresse le public* (Troplong, n° 394).

267 19°. *Résumé sur cette organisation modèle donnée par Savary. Elle ne ressemble en rien à la société en commandite du code de commerce* (Troplong, n° 395).

267 20°. *Depuis Savary, la commandite adopta l'usage d'une raison sociale. Elle divisa très-souvent son capital social en actions. Pothier paraît n'avoir pas connu ce progrès* (Troplong, n° 396).

267 21°. *Autres combinaisons auxquelles s'adapte la commandite; elle se prête même à la solidarité. Les idées italiennes sur la commandite sont entièrement modifiées.*

Exemple pris de la compagnie générale des assurances organisée par édit de Louis XIV, de 1686, et se donnant le titre de société en commandite (Troplong, n° 397).

267 22°. *Résumé sur l'état des choses à l'époque du code de commerce* (Troplong, n° 398).

267 23°. *Discussions dans le sein du conseil d'État. Point de vue incomplet auquel se place Merlin* (Troplong, n° 399).

267 24°. *Des conseillers d'État plus expérimentés que Merlin en matière de commerce, empêchent le projet de code de dévier. Ce code maintient à la commandite la raison commerciale* (Troplong, n° 400).

267 25°. *En un mot, le législateur a plutôt sous les yeux les grandes tentatives faites sous Louis XIV et depuis, que la commandite restreinte dont a parlé Pothier* (Troplong, n° 401).

268. Le privilége du commanditaire est de ne participer aux pertes que jusqu'à concurrence de sa mise.

269. C'est une exception aux principes du droit commun.

270. Il en résulte que la commandite ne se suppose pas; le contrat doit être formel.

271. Il doit surtout être sincère. Il ne suffit pas de prendre la qualité de commanditaire pour en avoir les avantages.

272. Opinion de Casaregis.

273. L'interprétation des cours est souveraine, quand les clauses sont équivoques; mais elles ne pourraient impunément, après avoir constaté l'existence de stipulations constitutives de la commandite, dénier au contrat ce caractère.

274. C'est par l'ensemble des clauses que la difficulté doit être jugée.

275. L'absence de qualification ne nuirait point au commanditaire, s'il résultait expressément du contrat qu'il n'a entendu prendre, et n'a pris, en effet, que ce titre.

276. L'associé qui n'a pas payé sa mise peut-il être attaqué directement par les créanciers de la société?

277. Casaregis et Pothier tiennent pour la négative.

278. Opinion contraire de Jousse, de Savary, de Merlin.

279. Arrêts conformes à ces opinions, en cas de faillite de la société.

280. Examen de cette doctrine.

281. Caractère de l'obligation du commanditaire; il ne s'engage pas envers les tiers.

282. La société seule, ou le gérant, a action contre lui.

283. Les créanciers ne peuvent agir que du chef du gérant, et à la charge des exceptions dont est passible le gérant.

284. Le texte de la loi confirme cette théorie.

285. Discussion de l'art. 26 du code de commerce.

286. L'art. 25 fournit un nouvel argument.

287. L'art. 38 décide la question.

288. Raisons de maintenir la règle qui soustrait les commanditaires à l'action directe des tiers.

289. Réfutation de l'opinion de Merlin.

290. Réfutation de celle de Pardessus.

291. Rétractation de Merlin.

292. Arrêt de la cour de Paris qui consacre ce système.

293. L'état de faillite le modifie-t-il?

294. Arrêt de la cour de Grenoble qui décide l'affirmative.

295. Cet arrêt ne doit pas être suivi. La faillite ne donne pas aux créanciers d'action nouvelle.

296. L'action contre les commanditaires ne procède pas d'un droit propre aux créanciers, mais de la société.

297. Les créanciers ne peuvent donc qu'exercer le droit qui appartenait au gérant, et comme le gérant lui-même l'aurait exercé.

298. Les créanciers n'auraient un droit direct qu'en cas de fraude entre le gérant et le commanditaire.

299. L'intérêt général s'oppose à ce que la faillite change la position des associés commanditaires.

300. Arrêt de la cour de cassation qui préjuge la question.

301. Dernier argument tiré de la discussion du conseil d'État.

302. Quand l'associé commanditaire produit une quittance, un arrangement fait avec le gérant, ou invoque une compensation, les créanciers ont le droit de rechercher si la mise a été fournie réellement.

303. Lorsqu'une nouvelle société se forme à l'expiration de la première, entre les mêmes parties, avec le même capital, sont-elles libérées par l'apport dans la deuxième société de ce qui leur appartient dans la première?

304. Distinction à faire : si le droit de chaque associé dans l'actif certain de la société dissoute excède ou égale sa mise, il est libéré.

305. Il ne l'est pas, si les affaires étaient mauvaises; il doit un nouveau capital.

306. Opinion de Casaregis.

307. Exception pour le cas où le commanditaire a été trompé par les inventaires. Arrêt de cassation conforme.

308. En cas de compensation alléguée, il y a lieu aussi d'examiner si la société a reçu d'une façon quelconque, mais en réalité, la mise de l'associé.

309. L'associé commanditaire qui n'a pas versé sa mise, est-il sujet à la contrainte par corps?

310. Arrêts des cours d'Aix et de Grenoble, qui jugent l'affirmative.

311. Cette opinion ne doit pas être suivie.

312. Le commanditaire n'est pas négociant.

COMMENTAIRE.

267. § 1. Au moyen âge, et lorsque le commerce maritime commençait à se développer dans les ports de la Méditerranée, c'est par une convention désignée sous le nom du *contrat de commande* que la spéculation se procurait les capitaux dont elle avait besoin. Le citoyen que son goût, son âge, ou ses occupations retenaient dans la cité, mais qui cependant voulait participer aux profits du commerce, remettait à un négociant, à un marin, de l'argent ou des marchandises destinés au trafic dans les pays lointains. Une commission ou une part des bénéfices était la récompense des soins de celui-ci. Mais tout ce qu'il rapportait des lieux où le navire avait touché était le gage particulier du bailleur de fonds. On supposait avec raison que c'était le produit de l'argent ou des marchandises qui lui avaient été confiés, et ses créanciers ne pouvaient jamais réclamer autre chose que ce qui lui avait été promis.

Ce contrat est le principe de la société en commandite (**Add.** Troplong, 121, 378, 379; préface, page LIV).

268. Ce qui la distingue essentiellement de la société en nom collectif, c'est que dans la société collective, tous les associés, quelque part qu'ils aient dans la gestion, sont indéfiniment obligés au payement des dettes sociales. Leur patrimoine entier, leur liberté même sont engagés aux créanciers, tandis que dans la société en commandite, les gérants seuls sont responsables et solidaires. Le commanditaire *simple bailleur de fonds* n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise ou dû mettre dans la société (**Add.** Troplong, nos 410, 828).

269. Selon les règles du droit commun, tous ceux qui prennent part à une opération civile ou commerciale doivent, si elle ne réussit pas, en supporter les pertes, quelque étendues qu'elles soient. Les charges ne se séparent point de l'espérance du gain : *quem emolumentum, eumdem sequitur* onus.

270. Le privilége de l'associé commanditaire de ne rien payer au delà de son apport, est donc une exception, et il faut, pour que les parties en puissent réclamer l'application, non-seulement qu'elles aient expressément manifesté la volonté de contracter une société de cette nature, mais encore que les stipulations du contrat soient d'accord avec sa qualification.

271. S'il apparaît que la convention n'est pas sincère; si dans la vue de se soustraire aux dangers de la société collective, les parties ont eu recours à une dénomination démentie par les faits, le fond doit prévaloir sur la forme; c'est le devoir des tribunaux de rendre à la convention son nom et ses effets pour préserver les tiers du dommage qu'on veut leur infliger (**Add.** Troplong, nos 414, 418, 419 2°).

272. Casaregis pose nettement cette règle; après avoir enseigné que le commanditaire n'est pas obligé au delà de sa mise, il ajoute : *Limita... si accomandatarius esset tantùm præpositus ab accomandantibus pro administratore, seu complimentario alicujus negotii, ità ut ille appareat nudus minister, sive institor dicti negotii, nullam habens in eâ proprietatem; quia tali casu accomandita non posset sustineri nisi pro verâ ac propriâ societate initâ inter præponentes, et accomandatarius diceretur merus institor ejusdem negotii, licet nomen proprium et non accomandantium in eo expenderet* (*disc.* 29, n° 28.)

Ainsi, il ne suffirait pas toujours qu'un associé eût pris la qualité de commanditaire, ni qu'il se fût interdit la gestion, ni même qu'il fût demeuré étranger à l'exploitation de la société, pour jouir des prérogatives attachées à ce titre; car l'exclusion de la gestion ne répugne pas à la société collective, et un associé peut être en dehors du mouvement des affaires, sans cesser d'être responsable. L'inaction n'est pas incompatible avec la qualité d'associé collectif.

273. Merlin a soutenu devant les sections réunies de la cour de cassation, et la cour a jugé, le 28 mai 1806, que lorsqu'il s'élevait des contestations sur le caractère d'une société régulièrement constituée, c'était une question d'interprétation du domaine exclusif des cours (*Rép.*, v° *Société*, p. 310) (Troplong, n° 46).

274. Cette doctrine est trop absolue. Il appartient, sans doute, aux tribunaux, quand des clauses sont ambiguës, susceptibles de plus d'un sens, et indifféremment applicables à la société collective ou à la commandite, de résoudre le doute. C'est l'exercice souverain du droit d'interpréter, qui n'admet pas de contrôle. La cour de cassation l'a ainsi jugé, sur mes conclusions, le 29 novembre 1812, en rejetant les pourvois formés contre deux arrêts de la cour de Dijon, qui statuant entre les mêmes parties sur les mêmes actes, mais pour un autre objet, avait jugé la première fois qu'il y avait société collective; la seconde, qu'il n'existait qu'une convention de bail (affaire *Mollerat-Laurent*.)

Mais en pourrait-il être de même, si les stipulations litigieuses appliquées à une société en commandite, se trouvaient en opposition directe avec la loi qui la régit? Non; car le pouvoir des tribunaux ne va pas jusqu'à enlever aux conventions leurs effets légaux. Un arrêt qui refuserait de reconnaître une vente, dans

un contrat constatant l'accord des parties, et sur la chose, et sur le prix, violerait la loi qui définit la vente, et n'éviterait pas la cassation. Un arrêt qui, après avoir constaté l'existence de clauses exclusivement applicables à la société collective, n'y verrait qu'une commandite, ne l'éviterait pas davantage.

La cour de Pau a jugé, le 7 fév. 1827 (Dalloz, XXVII, 2, 144), que l'associé qui s'était soumis à supporter les pertes, non à concurrence des fonds apportés dans la société, mais d'une quotité déterminée, par exemple du quart, devait être considéré comme associé collectif :

« Attendu que, sous l'ordonnance de 1677, ainsi que sous le nouveau code de commerce, un des caractères essentiellement distinctifs de la commandite consistait en ce que les associés commanditaires n'étaient obligés que jusqu'à concurrence de leur part, et ne pouvaient, par conséquent, rien perdre au delà des fonds par eux versés ou à verser dans la société ;

« Attendu qu'il avait été stipulé, dans l'acte de société, que Lapenne, qui n'était point gérant, qui n'avait pas la signature, et dont le nom ne figurait pas dans la raison sociale, profiterait des bénéfices, et supporterait les pertes à concurrence du quart; de sorte qu'il s'était soumis, le cas échéant, à des pertes plus ou moins considérables, suivant les circonstances, outre et au delà de sa mise; et que, par cette seule raison, il demeure hors de doute que Lapenne était associé général, ou en nom collectif, de la maison Blanque et Dominique Meillan jeune. »

La cour de Paris a jugé le contraire, le 23 juillet 1828 (*Journal du Palais*, 2e éd., t. I, 1829, p. 218).

« Attendu qu'il résultait de la qualité prise en l'acte de société par Sauvès (l'associé poursuivi comme associé collectif), qu'il n'avait entendu stipuler que comme commanditaire. »

Cette dernière solution, dont la rédaction, d'ailleurs, n'offre qu'une pétition de principe, ne doit pas être suivie. La commandite perd son caractère essentiel, quand l'obligation de payer les dettes dépasse le montant de la mise.

275. Quelle que soit, au surplus, la nécessité de restreindre l'exception dans la plus étroite limite, il ne faut rien exagérer; et alors même que l'associé qui réclame les immunités de la société en commandite n'aurait pas pris dans l'acte le titre d'associé commanditaire, si ce titre est la conséquence nécessaire de la convention, on ne doit pas le lui contester. La convention de société n'exige pas de formules sacramentelles. C'est une de ces matières soumises à la règle : *Plus valet quod actum quàm quod scriptum concipitur.*

Ce qui distingue la société en commandite de la société collective, c'est que l'associé commanditaire n'expose que sa mise. Si donc, au lieu de déclarer que la société est en commandite, les parties expriment que la perte de l'un d'eux sera restreinte à son apport, le résultat est le même. C'est la chose au lieu du mot. Dire qu'on établit une société en commandite, ou stipuler dans un acte de société que le bailleur de fonds ne payera rien au delà de sa mise, c'est absolument la même chose. L'un emporte l'autre nécessairement.

276. La première obligation de l'associé commanditaire est de payer sa mise.

Mais, s'il manque à ce devoir, peut-il être attaqué directement par les créanciers de la société, quand elle subsiste encore?

Sa condition change-t-elle, si la société tombe en faillite?

La contrainte par corps peut-elle être exercée contre lui?

Peut-il enfin, et dans tous les cas, opposer valablement aux tiers la quittance qu'il a reçue du gérant ou les arrangements qu'il a faits avec lui?

Ces questions, sur lesquelles les auteurs se sont divisés, méritent un sérieux examen.

277. Sous l'ordonnance de 1673, Pothier, appréciant l'objet et le but de la commandite, en avait tiré la conséquence que le contrat n'engendrait de rapports qu'entre le commanditaire et le gérant; et qu'au gérant seul, quand la mise n'avait pas été fournie, appartenait le droit de la réclamer. C'était aussi l'opinion émise par Casaregis :

Maximo est differentia inter socium et participem, et si diversi in jure producuntur effectus, quorum præcipui sunt, ut participes non teneantur ni ad ratam capitalis, pro qua participant in negotio..., neque ipsi agere possunt contra debitores societatis, neque conveniri valent à creditoribus societatis (t. I, *disc.* 39, nos 30, 31, 32).

278. Jousse et Savary avaient pensé au contraire que les tiers pouvaient agir directement.

Merlin a soutenu également que, d'après l'ordonnance de 1673, dont le code de commerce, disait-il alors, n'avait fait que reproduire et confirmer les dispositions, le commanditaire en retard de payer sa mise était soumis à l'action directe des créanciers sociaux, et la cour de cassation l'a jugé sur ses conclusions, le 28 germinal an XII (**Add.** Troplong, nos 829 et suivants).

279. Depuis la promulgation du code, les cours de Paris (23 février 1833), de Grenoble (18 mars 1840), d'Aix (10 mars 1820, 21 juillet 1840), de Rouen (21 décembre 1841), adoptant l'interprétation de Merlin, ont décidé qu'en cas de faillite, le commanditaire pouvait être poursuivi directement par les syndics devant le tribunal de commerce, et qu'il ne pouvait repousser la demande en payement de la mise, par des exceptions tirées de la personne du gérant :

« Attendu, est-il dit dans l'arrêt de Rouen, que le commanditaire est un véritable associé, passible des pertes de la société jusqu'à concurrence de sa mise sociale;

« Attendu que, si la loi n'exige pas que les noms de l'associé commanditaire soient livrés à la publicité, l'art. 43 du code de commerce veut du moins, entre autres choses, que l'extrait qui doit être rendu public fasse connaître le montant des valeurs fournies en commandite;

« Attendu que l'acte de société étant ainsi publié par extrait, et ayant été d'ailleurs préalablement soumis à la formalité de l'enregistrement, les stipulations que cet acte renferme, relativement à la commandite, sont, aux yeux des tiers créanciers, une garantie de la réalisation, dans les termes de l'acte de société, des engagements contractés par les associés commanditaires; que ces tiers ayant pu traiter en vue de la garantie qui leur était offerte, on ne peut, lorsque la faillite de l'associé gérant vient leur révéler le péril de leur situation, repousser, comme n'étant pas recevable, leur action directe et personnelle; qu'autrement, et s'ils ne pouvaient exercer que les droits de l'associé gérant, leur bonne foi serait facilement surprise, puisqu'on pourrait leur opposer toutes les exceptions opposables au failli et résultant de ses faits. »

Pardessus s'est rangé à cette doctrine.

280. On ne peut assurément trouver de plus graves autorités à l'appui de cette solution; n'est-ce pas une erreur pourtant, accréditée par le nom de Merlin, mais énergiquement combattue par la lettre et l'esprit de la loi?

Il faut, pour répondre à cette question, une des

plus graves de la matière, l'envisager sous deux faces :

1° Quand la société existante ou dissoute est *in bonis;*

2° Quand elle est tombée en faillite.

Voici comment, sous le premier aspect, elle a été résumée dans une consultation délibérée au mois de juin 1833, par quelques-uns des principaux avocats du barreau de Paris (MM. Vatimesnil, Gairal, Phil. Dupin et Mellot). Les raisons y sont exposées avec tant de force et de netteté qu'on ne pourrait, sans les affaiblir, en modifier la rédaction.

Dans le fait, un procès s'était engagé, dans le cours de 1832, entre la banque de France, créancière de la maison de commerce J. Laffitte et compagnie, alors en liquidation, et le comte Perregaux, un des associés commanditaires. La banque réclamait de M. Perregaux une somme de 3 millions, qui devait, d'après l'acte rendu public, former sa mise, et qu'il n'avait pas réalisée, disait-on. Je répondais, au nom de M. Perregaux dont la défense m'était confiée, qu'en sa qualité de commanditaire il n'avait rien à démêler avec la banque; qu'à M. Laffitte seul, comme gérant en liquidation de la société, appartenait le droit de réclamer, mais qu'il ne pouvait le faire que devant la juridiction arbitrale, et que, devant cette juridiction, M. Perregaux établirait que sa libération résultait d'arrangements valablement faits avec M. Laffitte.

Le tribunal de commerce donna gain de cause à la banque de France. Le jugement reproduisait, avec assez de confusion d'ailleurs, la doctrine de Merlin et de Pardessus. C'est pour répondre à ce jugement et en même temps à des écrits publiés pour le défendra, que, dans l'intérêt de M. Perregaux, la consultation que nous avons citée reproduisit, en le résumant, le système que j'avais infructueusement exposé devant les premiers juges :

281. « Une société de commerce est une personne morale; elle contracte, elle a des créanciers. A qui s'adresseront ces créanciers? Aux associés gérants désignés par la loi sous le titre d'*associés en nom collectif*, parce que ces associés représentent la société, qu'ils sont responsables de tous ses actes, qu'ils sont la société vivante. Intenter une action contre eux, c'est l'intenter contre la société.

« Mais ces créanciers pourront-ils aussi s'adresser *directement* aux associés commanditaires? Non, car leur action ne pourrait avoir que l'une de ces deux causes :

« Ou l'engagement contracté personnellement envers eux par ces associés commanditaires;

« Ou l'engagement contracté par les associés gérants au nom de la société.

« L'engagement personnellement contracté par les associés commanditaires!... Il n'y en a pas, il ne peut pas y en avoir. Ces associés ne traitent pas avec les tiers; il leur est interdit de le faire, sous peine de se rendre indéfiniment et solidairement responsables de tous les engagements de la société. Les tiers ne connaissent même pas les associés commanditaires. Ils savent qu'il y a une commandite, voilà tout; mais le nom des commanditaires ne leur est pas officiellement connu. Il n'y a donc aucun lien de droit entre le créancier et le commanditaire.

« L'engagement contracté par les associés gérants au nom de la société! Cet engagement donne aux créanciers une action contre l'être moral appelé société; il leur en donne une contre les associés gérants, parce qu'ils sont personnellement responsables de toutes les dettes sociales; mais il ne leur en donne pas contre les commanditaires. Prétendre que les créanciers de la société ont une action personnelle contre les commanditaires, par cela seul qu'ils en ont une contre la société, ce serait confondre la société avec les associés, ce serait effacer la distinction entre les capitaux et les personnes.

282. « Quelle est donc la situation du commanditaire qui n'a pas versé sa mise sociale? La société a une action directe contre lui; mais les créanciers n'en ont pas.

283. « Sans doute les créanciers peuvent attaquer le commanditaire, au nom de la société et comme exerçant ses droits, car tout créancier est admis à exercer ceux de son débiteur; mais ce n'est pas une action *directe*, et la différence est très-importante.

« Si les créanciers agissaient *directement*, ils auraient le droit de traduire le commanditaire devant le tribunal de commerce, et celui-ci ne pourrait leur opposer les exceptions résultant des actes qui, depuis le contrat de société, seraient intervenus entre lui et les associés gérants.

« Si, au contraire, les créanciers ne peuvent, ainsi que nous venons de l'établir, atteindre le commanditaire que comme exerçant les droits de la société, ils ont sans doute contre ce commanditaire tous les droits de la société; mais ils n'en ont pas davantage.

« Ainsi, d'une part, ce n'est que devant la juridiction arbitrale qu'ils peuvent le traduire;

« D'autre part, ils sont passibles de toutes les exceptions dont la société serait passible elle-même, si elle agissait contre le commanditaire pour la contraindre à opérer sa mise.

284. « Voilà où l'on arrive à l'aide de la théorie; examinons maintenant si les textes de la loi ne vont pas confirmer ce qui précède.

« La société en commandite (porte l'art. 23 du code de commerce) se contracte entre un ou plusieurs associés *responsables et solidaires*, et un ou plusieurs associés *simples bailleurs de fonds*, que l'on nomme commanditaires ou associés en commandite. »

« Qu'est-ce donc que le commanditaire? Un simple *bailleur de fonds* qui n'est pas *responsable*.

« Cette non-responsabilité résulte clairement de l'opposition que la loi établit entre l'associé en nom collectif et le commanditaire.

« De ce que le commanditaire est un simple *bailleur de fonds*, il suit qu'il est tenu, mais tenu envers la société seulement, de verser dans la caisse sociale le montant de sa mise.

« De ce qu'il n'est pas *responsable*, il suit que les créanciers n'ont pas d'action *directe* contre lui.

« Dans le système contraire, on voudrait que les créanciers eussent une action *directe* contre le commanditaire qui n'a pas versé sa mise, mais que cette action ne s'exerçât que jusqu'à concurrence de cette mise. Ce serait, par conséquent, une responsabilité limitée dont on prétendrait grever le commanditaire; mais la loi ne l'a soumis à aucune responsabilité envers les tiers. Elle proscrit donc la doctrine que nous combattons.

285. « Poursuivons... « L'associé commanditaire (porte l'art. 26 du code de commerce) n'est passible des *pertes* que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou *dû mettre* dans la société. »

« Cet article n'exclut-il pas d'une manière implicite l'action *directe* des créanciers? Ce que l'on a le droit de répéter contre l'associé commanditaire, c'est sa part dans les *pertes*. Mais à qui peut-il appartenir d'exercer une action à raison des *pertes?* A un coassocié seulement. Le bon sens et la grammaire ne sauraient admettre une autre interprétation. Ainsi, il n'y a que les gérants qui aient qualité pour exercer l'action établie par l'art. 26. Ils disent au commanditaire : Jusqu'ici nous ne vous avons pas pressé de faire votre mise; mais la société est en *perte* : versez les fonds

dont vous êtes débiteur envers elle, soit pour nous mettre en état de la liquider, soit pour nous remplir de ce que nous avons déjà payé au delà de notre part contributive. Mais admettra-t-on jamais que le législateur ait entendu appliquer le mot *pertes* à l'action des créanciers? Non : quand un créancier demande le payement de ce qui lui est dû, il n'a pas besoin de prouver que la société est en *perte*, il ne s'en inquiète nullement; il réclame le montant de l'obligation contractée par la société envers lui, voilà tout. La contexture de l'art. 26 est d'autant plus remarquable qu'elle présente une innovation. « Les associés en commandite (était-il dit dans l'art. 6 du titre IV de l'ordonnance de 1673) ne sont obligés que jusqu'à concurrence de *leur part*... » De ce mot *obligés* on pouvait conclure que les créanciers avaient contre le commanditaire une *action directe* jusqu'à concurrence de sa *part*, c'est-à-dire de sa mise; et l'on verra, en effet, que l'opinion de Merlin, citée par les adversaires de Perregaux, repose entièrement sur ce mot, car ce célèbre magistrat l'a émise dans une cause antérieure au code de commerce. Mais au mot *obligés* la loi actuelle a substitué les expressions *passibles des pertes*. Ce n'est assurément pas sans dessein. Elle a voulu qu'il n'y eût pas d'obligation directe du commanditaire au créancier, mais seulement du commanditaire à la société. L'art. 26 du code de commerce, en un mot, n'offre qu'une application de l'art. 1843 du code civil, qui déclare *chaque associé débiteur* ENVERS LA SOCIÉTÉ *de tout ce qu'il a promis d'y apporter*.

286. « Parcourons rapidement quelques autres dispositions de la loi. « Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale (article 25 du code de commerce)... » — « L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration (art. 27). » — « L'extrait des actes de société doit contenir les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les *actionnaires* ou *commanditaires*... (art. 43). »

« Ainsi nulle relation possible entre les tiers et les commanditaires, qui se renferment exactement dans leur qualité. Ceux-ci ne pourraient donc se trouver directement obligés envers ceux-là, qu'autant qu'une disposition de la loi établirait cette obligation. Or, loin de l'établir, la loi l'exclut implicitement.

287. « Enfin ce qui démontre jusqu'à la dernière évidence que le législateur n'a pas entendu que les créanciers auraient une action directe contre les commanditaires, c'est que le code de commerce (article 38) a permis de *diviser en actions le capital des sociétés en commandite,* actions qui peuvent être au porteur, ainsi qu'on l'a jugé dans l'affaire de la société *Armand Lecomte et compagnie,* et dans ce cas l'action directe est impossible. Et remarquez bien que l'article 38, après avoir déclaré que le *capital des sociétés en commandite pourrait être divisé en actions*, ajoute : *sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société*. Ainsi, sauf la division, rien n'est changé dans le cas prévu par l'article 38. Cependant il y aurait, selon les adversaires de Perregaux, un changement bien important : les tiers auraient action contre les commanditaires dans le cas de la commandite ordinaire; et ils ne l'auraient pas, ils ne pourraient pas l'avoir dans le cas de la commandite divisée en actions. Les mots *sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société* formeraient donc un véritable contre-sens.

288. « Il faut en revenir à la distinction entre les personnes et les capitaux, distinction fondamentale en cette matière et si importante pour la prospérité du commerce. La commandite ne fait aucunement entrer la personne du commanditaire dans la société : voilà pourquoi son nom ne figure ni dans la raison sociale, ni dans l'extrait qui annonce officiellement au public la constitution de la société. La commandite n'emporte d'autre obligation que celle de verser des fonds dans la société : c'est ce que le législateur exprime énergiquement en qualifiant le commanditaire de *simple bailleur de fonds*. Le commanditaire n'est donc pas autrement tenu à l'égard des tiers que ne le serait une personne qui aurait promis de fournir, à titre de prêt, une somme à la société. Les créanciers auraient-ils une action *directe* contre cette personne? Non. Ils pourraient sans doute exercer contre elle, en vertu de l'article 1166 du code civil, les actions qui appartiennent à la société; mais ils ne pourraient les exercer que dans les mêmes limites et aux mêmes conditions que la société les exercerait s'il lui convenait d'agir contre cette personne.

« Il en est de même de l'associé commanditaire. Dans l'espèce, si Laffitte voulait poursuivre Perregaux, comme n'ayant pas versé sa mise, il ne pourrait le faire que devant arbitres. La banque ne peut atteindre Perregaux qu'en exerçant les droits de Laffitte, son débiteur, ou plutôt ceux de la société personnifiée dans Laffitte. Elle doit évidemment se soumettre à la juridiction arbitrale; et devant cette juridiction, on lui objectera tout ce que l'on serait fondé à objecter à Laffitte lui-même.

« Nous n'avons pas besoin de faire ressortir la nécessité de maintenir cette règle. Chaque jour des personnes qui, à raison de leur situation sociale, de leur profession ou de leur goût, ne veulent pas exposer leur nom à la publicité des débats judiciaires, s'associent en commandite. Elles savent que, s'il s'élève entre elles et l'associé gérant, des débats sur le versement de leur mise, ces débats se renfermeront dans le secret de la juridiction arbitrale. Mais si, par une jurisprudence qui nous semble en opposition avec la loi, elles étaient menacées de voir ces questions portées devant les tribunaux ordinaires; si, pour les distraire du juge naturel en cette matière, de cette sorte de tribunal de famille, le seul qu'elles aient entendu reconnaître, il suffisait de la volonté d'un créancier, qui souvent même n'agirait qu'à l'instigation de l'associé gérant, elles se hâteraient de retirer leurs fonds dès qu'elles le pourraient; et à l'avenir, elles ne se soumettraient plus à des chances semblables. On tarirait donc l'une des sources les plus fécondes du commerce et de l'industrie.

289. « Il nous reste à répondre aux autorités invoquées contre Perregaux.

« Commençons par celle de Merlin.

« Nous avons déjà dit qu'elle n'était fondée que sur le texte de l'ordonnance de 1673 : on va en voir la preuve. Merlin portait la parole devant la chambre des requêtes de la cour de cassation, le 28 germinal an XII. Il examinait la question qui nous occupe, mais il l'examinait seulement d'une manière incidente et à l'occasion d'une autre question qui résultait du procès (1). Il combattait l'avis de Pothier, qui, malgré la lettre de l'ordonnance de 1673, avait pensé que les créanciers de la société n'avaient pas d'action *directe* contre l'associé en commandite.

« Voici dans quels termes le savant procureur général répondait à Pothier :

« Et comment argumente-t-on? D'une manière « peut-être *spécieuse*, mais inconcluante. Les asso- « ciés commanditaires, dit-on, sont obligés envers

(1) Aussi la cour de cassation n'a-t-elle pas prononcé sur la question dont il s'agit ici.

« l'associé principal à supporter les charges de la so- « ciété jusqu'à concurrence de leur part; ils sont « tenus de lui faire raison des dettes qu'il a contrac- « tées pour elle, et de s'en acquitter au prorata des « fonds qu'ils y ont versés; mais ils ne doivent rien « aux créanciers. » — « Reprenons l'ordonnance. Exa- « minons de plus près les art. 6 et 8, destinés à ré- « gler les obligations des associés ordinaires et en com- « mandite, relativement au payement des dettes; et « certainement nous n'y verrons rien qui ne résiste à « cette idée. » — « L'article 8 soumet les associés au « payement des dettes jusqu'à concurrence de leur « part; il ne fait aucune distinction; il ne dit pas « qu'ils seront tenus des dettes envers l'associé prin- « cipal, et qu'ils ne le seront pas envers les créan- « ciers. Or c'est un principe qu'on ne doit pas dis- « tinguer où la loi ne distingue pas; s'il est un cas « où ce principe doive s'appliquer, c'est certaine- « ment celui-ci. » — « Que disons-nous! Cette distinc- « tion serait en contradiction directe avec le texte de « la loi. En effet, l'ordonnance déclare que les asso- « ciés commanditaires sont obligés au payement des « dettes. A qui paye-t-on naturellement une dette? « *C'est à son créancier, sans doute, et non à son* « *débiteur*. Les termes de la loi ne peuvent donc « s'appliquer naturellement qu'aux créanciers de la « société. Si le législateur s'était ainsi exprimé pour « dire seulement qu'envers son associé principal, « l'associé commanditaire doit supporter les charges « de la société à concurrence de sa mise, il se serait « servi de termes tout à fait impropres et même ri- « dicules. »

« Ainsi, on voit que Merlin s'est fondé uniquement sur le mot *obligé* qui se trouvait dans l'art. 8 du tit. IV de l'ordonnance de 1673. Cette expression, prise dans son sens naturel, ne peut s'appliquer qu'à une personne qui est tenue de payer une dette. Mais, si, au lieu du mot *obligé*, le texte sur lequel il argumentait avait porté, comme l'art. 26 du code de commerce, *passibles des pertes*, il serait arrivé à une conclusion opposée. La première locution ne lui a paru, à juste titre, pouvoir s'appliquer qu'aux rapports d'un débiteur avec son créancier; la seconde ne lui aurait paru pouvoir s'appliquer qu'aux rapports de deux associés entre eux (ce que nous venons de dire de l'avis de Merlin s'applique à celui de Jousse et de Savary, puisqu'ils ont écrit sous l'ancien droit).

« Il faut donc reconnaître que Pothier, dans son opinion, s'est attaché à l'esprit de la loi plutôt qu'à son texte; que Merlin, au contraire, a été subjugué par le texte. Mais plus tard, le législateur a revisé la matière; en rédigeant le code de commerce, il a eu à se prononcer entre l'avis de Pothier et celui de Merlin; et il est évident qu'il a accordé la préférence au premier, puisqu'il a changé les termes sur lesquels reposait le second.

290. « Arrivons à l'opinion de Pardessus; elle a pour base trois arguments, dont aucun ne nous paraît fondé.

« *Premier argument.* « Dans cette espèce de so- « ciété, les commandités et les commanditaires sont « tous obligés au payement des dettes, avec la seule « différence que les premiers le sont indéfiniment, et « les autres jusqu'à concurrence de leur mise. »

« *Réponse.* La loi et la nature même de la convention n'obligent le commanditaire qu'à verser sa mise et à être *passible de pertes*; mais ce n'est qu'envers la société qu'il contracte ces engagements. Il n'en contracte aucun envers les créanciers de la société, auxquels il est étranger, et qui ne le connaissent même pas.

« *Deuxième argument.* « Si ces derniers (les com- « manditaires) ne paraissent pas dans les négocia- « tions qui intéressent la société, ils contractent « néanmoins avec les créanciers par le ministère des « commandités, à qui ils ont abandonné la gestion « exclusive. »

« *Réponse.* C'est là précisément qu'est le siége de l'erreur. L'associé gérant oblige la société considérée comme personne morale; il s'oblige indéfiniment lui-même, parce qu'il est responsable; mais il n'oblige nullement l'associé commanditaire, parce que celui-ci n'est, aux termes de la loi, qu'un *simple bailleur de fonds*, qui n'a entendu se soumettre à aucun engagement personnel envers les tiers.

« *Troisième argument.* « Ils (les commanditaires) « ne peuvent repousser la demande des créanciers « qu'en prouvant qu'ils ont versé leur mise entre les « mains des associés responsables et solidaires. Les « mises ont dû former des articles de l'actif social, « dont ces derniers doivent prouver l'emploi, sous « les peines portées contre les débiteurs qui, ne satis- « faisant pas leurs créanciers, ne justifient pas de « l'emploi de toutes leurs recettes. »

« Dans ce passage, Pardessus prouve très-bien que la société a le droit de contraindre le commanditaire à réaliser sa mise; que les créanciers sont fondés à poursuivre la société pour qu'elle agisse à cette fin contre le commanditaire; qu'ils peuvent même poursuivre le commanditaire en vertu de l'article 1166 du code civil, et comme exerçant les droits de leurs débiteurs : ce sont toutes vérités que nous avons reconnues plus haut. Mais ce que nous contestons, c'est que les créanciers aient contre le commanditaire une action directe, qu'ils puissent l'actionner de leur chef, et qu'ils aient contre lui plus de droit que n'en a la société ou le gérant qui la représente.

« Aussi il faut voir à quelle conséquence Pardessus s'est trouvé conduit. Préoccupé des droits des créanciers, il ne veut pas qu'une commandite puisse être divisée en actions au porteur; et la jurisprudence vient d'adopter la doctrine contraire. Pardessus ne veut pas non plus que le commanditaire puisse opposer aux créanciers qui le poursuivent en payement de sa mise la compensation des créances qu'il a acquises contre la société depuis sa formation. Combien ce système ne serait-il pas inique! Un commanditaire s'est engagé à verser 100,000 fr.; le lendemain de l'acte de société, il devient créancier de la société de pareille somme de 100,000 fr., par exemple, en recueillant la succession d'une personne à laquelle cette somme était due par la société. Assurément, il pourrait, d'une main, se faire payer de ces 100,000 fr., et de l'autre les verser dans la caisse sociale, et personne alors n'aurait le droit de contester que les choses ne fussent parfaitement régulières. Eh bien! le seront-elles moins parce qu'on aura opéré par voie de compensation? Est-ce que la compensation n'est pas un payement fictif, qui éteint simultanément les deux dettes, et qui a tous les effets du payement réel? L'associé commanditaire, aux termes de l'article 1845 du code civil, est *débiteur de sa mise* envers la société; s'il devient en même temps créancier de cette société, la compensation s'opère de plein droit. N'est-on pas étonné de voir jusqu'où la déviation des principes peut conduire les esprits les plus judicieux?

291. Cette argumentation soumise à l'examen de Merlin lui-même frappa vivement son attention. Il examina de nouveau la question, et, le 20 juin 1833, il y donna son adhésion en ces termes :

« Deux questions principales sont agitées dans le « procès : l'une, si le commanditaire d'une société « commerciale en nom collectif peut être actionné « directement, jusqu'à concurrence de sa mise, et

« sous le prétexte qu'il ne l'a pas versée dans la caisse « sociale, par les créanciers de cette société, avec « lesquels il n'a ni contracté, ni pu contracter ;

« L'autre, s'il est vrai que le comte Perregaux n'a « pas réellement versé, dans la société de 1828, la « mise qu'il s'était obligé d'y apporter.

« Sur la première question, le soussigné s'est pro- « noncé pour l'affirmative dans des conclusions du « 28 germinal an XII ; mais c'était sous l'empire et « d'après le texte littéral de l'article 7 du titre IV de « l'ordonnance de 1673, qui déclarait purement et « simplement les associés en commandite *obligés jus- « qu'à la concurrence de leur part*, et qui, d'après la « généralité dans laquelle elle employait le premier « de ces mots, semblait dire que c'était envers les « créanciers de la société, tout aussi bien qu'envers « les associés en nom collectif, que les associés en « commandite étaient obligés jusqu'à cette concur- « rence ; ce qui conduisait naturellement à dire que « les créanciers de la société pouvaient, ni plus ni « moins que les associés en nom collectif, agir direc- « tement contre les commanditaires.

« Aurait-il professé la même doctrine dans l'affaire « sur laquelle il portait la parole à cette époque, si, « dès lors, les articles 23 et 26 du code de commerce « eussent été en vigueur ? Il le déclare franchement, « s'il l'eût fait, c'eût été de sa part une grande erreur. « Pourquoi ? Par une raison que la consultation met « dans un jour qui exclut toute espèce de réplique ; « parce qu'il s'en faut de beaucoup que les articles 23 « et 26 du code de commerce soient rédigés de « manière à pouvoir se plier à l'interprétation que « l'on pouvait donner en l'an XII aux termes de l'ar- « ticle 7 du titre IV de l'ordonnance de 1673 ; parce « qu'au contraire il est évident que la rédaction des « uns n'a été substituée à la rédaction de l'autre que « pour empêcher qu'on ne tirât désormais de ceux-là « la même conséquence qui avait été précédemment « tirée de celui-ci ; parce qu'enfin les auteurs du « code de commerce ont voulu, en raffermissant la « société en commandite sur sa base essentielle, faire « cesser un système qui, tout fondé qu'il était sur le « texte littéral de l'ordonnance de 1673, la dénatu- « rait complétement, et ne pouvait, à la longue, qu'en « dégoûter les capitalistes non commerçants. »

292. C'était un premier succès que cette rétracta- tion du grand jurisconsulte dont l'erreur avait été si généralement adoptée. La cour royale de Paris (pre- mière chambre) le couronna, par un arrêt du 24 août 1835, infirmant la décision qui lui avait été dé- férée :

« Considérant, en droit, qu'une demande en jus- tice ne peut être valablement dirigée que contre celui qui a le droit et les moyens de l'examiner et de la com- battre ;

« Que l'associé en commandite n'est, suivant l'ar- ticle 23 du code de commerce, qu'un simple bailleur de fonds, passible des pertes de la société jusqu'à concurrence seulement du montant de sa comman- dite ;

« Qu'il lui est interdit de s'immiscer, de quelque manière et à quelque titre que ce soit, dans la gestion des affaires de la société, sous peine de perdre tous les avantages attachés à la qualité de commanditaire, et d'être obligé solidairement, avec les associés en nom collectif, à toutes les dettes et à tous les engagements de la société ;

« Que son nom ne peut pas faire partie de la raison sociale, et ne doit pas même être indiqué dans les ex- traits de l'acte de société, dont la publication est pres- crite par les articles 42 et 43 du code de commerce, en sorte qu'il doit rester inconnu aux tiers ;

« Qu'il suit de là que l'associé en commandite ne contracte d'engagement qu'envers ses coassociés, entre les mains desquels il doit verser le montant de sa com- mandite ;

« Qu'il est sans droit et sans qualité, soit pour agir contre les débiteurs, soit pour discuter les réclama- tions de ceux qui se prétendraient créanciers de la société, et que, par conséquent, il ne peut être soumis de la part de ceux-ci à aucune action directe ;

« Considérant, en fait, que le comte Perregaux n'a figuré dans les sociétés qui se sont succédé depuis 1817, sous la raison Jacques Laffitte et compagnie, qu'en qualité d'associé en commandite ;

« Qu'il n'est pas allégué qu'il se soit immiscé dans la gestion des affaires sociales ;

« Qu'il est toujours resté étranger aux tiers envers lesquels les associés gérants et responsables ont pu s'engager ;

« Que son nom même aurait dû, aux termes de la loi, leur être inconnu ; qu'il ne serait pas admis à dé- battre les prétentions des créanciers de la société ; que, dès lors, la banque de France, à titre de créan- cière de la société, est sans droit pour agir directe- ment contre lui. »

Cette doctrine nous semble défier la critique (**Add.** TROPLONG, nos 829 à 845).

293. Mais la solution serait-elle la même, si la so- ciété avait été mise en faillite ? C'est à ce cas que se réfèrent les arrêts de Paris, d'Aix, de Rouen, de Gre- noble dont nous avons rappelé les dates.

294. Nous avons cité l'arrêt de Rouen ; nous cite- rons également celui de Grenoble. On y lit :

« Qu'aux termes des articles 23 et suivants du code de commerce, cette société se compose, sous une raison sociale qui en comprend tous les membres, d'un côté, d'associés gérants responsables et solidai- res, et, d'un autre, d'associés qu'on nomme comman- ditaires, simples bailleurs de fonds, ne pouvant admi- nistrer, et passibles de pertes, mais seulement à concurrence de la mise qu'ils ont apportée ou dû apporter ;

« Que de l'obligation d'apporter la mise naît néces- sairement l'action pour contraindre les commandi- taires à cet apport ;

« Que, sans rechercher abstractivement le carac- tère de cette action, il faut la suivre dans son appli- cation ;

« Que, pendant que la société subsiste, les tiers qui contractent avec elle ne traitent et ne peuvent traiter qu'avec le gérant représentant seul la société ; d'où la conséquence qu'ils n'ont point d'action directe contre les commanditaires ;

« Qu'admettre qu'un créancier pourrait agir contre l'associé légalement étranger à la gestion, en laissant de côté le gérant, seul administrateur et responsable, ce serait porter une atteinte subversive aux principes des commandites, et rendre impossible un établisse- ment qu'il importe de favoriser dans l'intérêt du com- merce, qui, par cette voie, fait concourir à ses opéra- tions des capitaux qui resteraient improductifs ;

« Que si on considère l'action résultant des obliga- tions des commanditaires à une autre époque, et lorsque la société est tombée en faillite, il faut reconnaître qu'alors, et par l'effet de la faillite, la société, qui comprend non-seulement le gérant, mais les associés commanditaires, est entièrement dessaisie, et que, dès ce moment, toutes les actions actives et passives sont exercées par des syndics ; qu'en même temps que ces syndics représentent l'être complexe formant la société, ils représentent aussi les créanciers de la société ;

« Que, par suite, les syndics de la faillite ont le

droit et le devoir de faire rentrer dans la caisse sociale toutes les créances actives de la société ;

« Que c'est sous ce rapport que doit être examinée l'action qu'il s'agit d'apprécier non-seulement par l'application des principes qui viennent d'être rappelés, mais encore parce que, aux termes de l'assignation introductive de l'instance actuelle, l'action est formée, non pas au nom des créanciers agissant, soit privativement, soit collectivement, mais, en termes généraux, au nom *des syndics définitifs de la faillite de Loubon aîné ;*

« Qu'en cette qualité de syndics, et quelle que soit d'ailleurs la qualification qu'on donne à l'action, il ne peut pas être contesté que les demandeurs ne fussent en droit de poursuivre les commanditaires pour les faire condamner au versement de leur mise sociale ;

« Que les syndics formaient à la fois cette demande : 1° du chef de la société qui a intérêt et droit soit pour sa liquidation, soit même dans l'intérêt des commanditaires qui ont accompli leur obligation, que le fonds capital de la société soit versé en entier ; 2° du chef des créanciers dont le fonds social est le gage ;

« Que les syndics investis de toutes les actions qui affectent la société soit activement, soit passivement, sont, par cela même, soumis aux exceptions dont ces actions peuvent être passibles, mais qu'il faut distinguer dans ces exceptions celles qui seraient prises dans les conditions substantielles nécessaires pour constituer l'existence et la validité de l'acte de société, et les exceptions extérieures à cet acte et simplement relatives aux associés entre eux ;

« Que, sans doute, s'il existait contre l'acte du 1er août 1837, duquel dérivent les obligations des commanditaires, des exceptions fondamentales et destructives de l'existence et des effets de cet acte, les commanditaires seraient en droit de les opposer aux syndics comme ils l'eussent fait à Loubon lui-même, mais, qu'ainsi que cela a été reconnu sur la première question, l'acte du 1er août 1837 a toutes les conditions d'existence, d'exécution et de validité nécessaires pour le rendre obligatoire ;

« Que toutes les autres exceptions relevées par les premiers juges, dans la partie des motifs adoptée par la cour, ne peuvent être opposées aux syndics représentant les créanciers qui sont des tiers, et que la foi commerciale, qui se fonde sur le caractère extérieur des actes de société et sur la notoriété qui en consacre l'existence, serait exposée à des déceptions et à des piéges qui nuiraient à la confiance et au crédit, si les tiers pouvaient être évincés par des exceptions relatives à l'exécution de formalités ou à des fraudes qui ont été pratiquées entre les associés. »

La rédaction de cet arrêt est remarquable, mais comment accorder cependant que la faillite confère aux créanciers, représentés par les syndics, la faculté de changer la condition des associés commanditaires et de leur enlever les garanties virtuellement attachées à leur titre ? (**Add.** Troplong, n° 841-843.)

295. Quelles sont, en effet, les conséquences de la faillite ? Elle rend les créances exigibles, dessaisit le failli et fait passer à la masse, représentée par le syndic, l'administration de ses biens et l'exercice de ses actions ; mais elle ne crée aucun droit nouveau, aucune action nouvelle. Lors donc que c'est une société qui tombe en faillite, la position des personnes engagées envers elle n'est pas modifiée : la masse peut leur demander tout ce que la société aurait pu exiger elle-même, lorsqu'elle était *in bonis ;* mais rien au delà. L'exercice de l'action passe du gérant aux syndics ; il n'y a pas d'autre changement.

296. Remontons maintenant à la source où les syndics puisent, contre les commanditaires, une action en versement de leur mise.

Est-ce un droit propre aux créanciers ?

Non : ce droit n'existait pas avant la faillite ; car, tant que la société est *integri status,* les créanciers, comme nous venons de l'établir, n'ont point d'action directe contre les commanditaires.

Est-ce la faillite qui fait naître l'action ? Non encore, puisque son seul effet est de transporter à la masse les droits du failli sans en créer de nouveaux. La loi ne fait pas d'exception en matière de commandite ; nulle part elle ne dit que la faillite confère aux créanciers contre les commanditaires un droit nouveau qui leur soit propre et ne procède pas de la société.

297. Il faut donc le reconnaître : la véritable source de l'action exercée par les syndics, c'est le contrat intervenu entre la société et le commanditaire ; et cette action ne doit en rien différer de celle qui, avant la faillite, appartenait au gérant ; elle doit se restreindre dans les mêmes limites, et se dérouler avec les mêmes garanties et devant la même juridiction. La faillite ne change en rien le fond du droit. Avant, comme après elle, le créancier de la société, non payé, pouvait, en vertu de l'art. 1166 du code civil, comme exerçant les droits de son débiteur, contraindre le commanditaire à verser sa mise. Or, dans cette hypothèse, incontestablement, le commanditaire, assigné devant les tribunaux ordinaires, aurait pu demander son renvoi devant la juridiction arbitrale, et faire valoir contre le créancier toutes les exceptions qu'il aurait été en droit d'opposer aux gérants. Il en est de même après la faillite. La seule différence, c'est que l'action individuelle de chaque créancier passe aux syndics qui les représentent tous, et qui exercent le droit de la société, comme l'auraient pu faire les créanciers isolés, lorsque la société était *in bonis*. L'art. 1166 est toujours la base de l'action ; rien n'est changé à l'égard du commanditaire, quant à la juridiction et à ses moyens de défense.

298. N'est-il pas, d'ailleurs, facile de comprendre que le législateur n'ait pas voulu attacher à la faillite l'effet de conférer aux créanciers un droit propre contre le commanditaire ?

La faillite ne lui est ni directement ni indirectement imputable ; et, dès lors, peut-elle équitablement aggraver sa situation ?

Et puis, si l'intérêt du commerce et les considérations mêmes auxquelles la commandite doit sa création et ses développements ne permettent pas de donner aux créanciers une action directe, lorsque la société est debout ; combien ces considérations sont plus vraies et plus décisives, lorsqu'elle est frappée d'une faillite !

Si l'on suppose à un commanditaire de la répugnance à procéder devant les tribunaux ordinaires, lorsqu'il se débat avec un gérant, que sera-ce, lorsque la faillite aura imprimé à la société une sorte de flétrissure ?

Souvent sous l'influence des rapports d'amitié qui l'unissent au gérant, le commanditaire aura négligé les précautions habituelles avec un étranger. Des notes, des documents irréguliers, seront peut-être la seule preuve des conventions intervenues. Un tribunal arbitral, juridiction d'équité avant tout, les acceptera comme règles de décision quand un tribunal ordinaire les repousserait. Ce sont là des garanties qu'on ne peut, sans injustice, ravir au commanditaire ; car il a compté sur elles, et il en serait privé, si les syndics pouvaient se poser en face de lui comme des tiers agissant de leur chef, ayant un droit qui leur serait propre, et n'étant pas liés par les faits et par les écrits du gérant.

S'écarter de ces principes, ce serait dénaturer la commandite et éloigner d'elle les capitaux justement alarmés.

299. Dans un seul cas, les syndics pourraient agir en vertu d'un droit personnel aux créanciers : c'est celui où les actes intervenus entre le gérant et le commanditaire seraient attaqués pour cause de fraude. Les syndics agiraient alors en vertu de l'art. 1167 du code civil, qui permet aux créanciers, en leur propre nom, de demander l'annulation des actes faits en fraude de leur droit. Mais on comprend facilement, qu'entre cette hypothèse et celle qui précède, il y a un abîme. Le commanditaire ne pourrait opposer aux créanciers les moyens et exceptions qu'il aurait invoqués contre le gérant son complice ; mais ce seroit la peine de sa mauvaise foi, de son dol, et ses plaintes ne mériteraient aucune faveur.

300. La cour de cassation a sinon jugé, au moins préjugé la question dans un sens favorable à cette opinion. Dans l'espèce, un associé commanditaire, poursuivi en payement de la mise qu'il n'avait pas versée, après la faillite de la société, avait comparu devant un tribunal arbitral, et y avait été condamné. Recours en cassation, fondé sur le motif qu'il ne s'agissait pas d'une contestation entre associés et pour faits de la société, et qu'ainsi, l'article 51 du code civil avait été faussement appliqué. Mais par arrêt du 14 février 1838, le pourvoi est rejeté :

« Considérant que Raquillet s'est obligé envers Martin à verser, à titre de commandite, une somme de 12,000 fr. dans la société par lui contractée avec ledit sieur Martin; *que la question de savoir si le versement de cette commandite avait eu lieu, constituait une question de la compétence des arbitres, aux termes de l'article 50 du code de commerce*... (Dalloz, XXXVIII, 1, 337).

301. Nous ajouterons une dernière observation qui nous semble confirmer avec énergie cette doctrine ; elle est tirée de la discussion du conseil d'État.

L'article 43 du code civil, relatif à la publicité des actes de société, n'exigeait originairement que la mention dans l'extrait affiché des *valeurs fournies en commandite*. Lorsque cet article fût mis en délibération, on demanda qu'à ces mots *valeurs fournies*, on ajoutât, *ou à fournir en commandite*. La proposition fut accueillie; tout le monde reconnut que, dans les sociétés en commandite, la confiance du public ne pouvant point se régler sur le crédit que méritent personnellement les commanditaires, *puisqu'ils demeurent inconnus*, mais sur les fonds qu'ils ont versés, il étoit nécessaire de faire connaître l'état de ces versements.

Une seconde proposition, tendante à forcer le gérant de nommer le commanditaire qui n'aurait pas encore effectué sa mise, *ne fut pas même appuyée*. Le législateur pouvait-il plus expressément manifester la volonté de concentrer entre le gérant et le commanditaire les effets de la convention ?

Ainsi, quelle que soit la situation de la société au moment où le créancier réclame, qu'elle n'ait pas encore atteint le terme de sa durée, qu'elle soit en liquidation, en faillite, il n'importe; le commanditaire ne répond qu'envers le gérant de la société, de l'accomplissement de ses obligations. Les tiers ne peuvent agir que du chef du gérant, en exerçant ses droits, et à la condition de subir toutes les exceptions légalement acquises contre lui.

302. Il ne suffirait pas, d'ailleurs, que l'associé commanditaire produisît une quittance du gérant, un arrangement fait avec lui, ou qu'il alléguât une compensation pour échapper à toute réclamation. C'est le droit et le devoir des tribunaux d'examiner si, dans la réalité des choses, la société a reçu l'équivalent de la somme promise par l'associé; et ce n'est pas seulement dans le cas de fraude, et lorsque, par le résultat d'un concert entre les commanditaires et le gérant, le gage des créanciers a été diminué, qu'on peut écarter les actes qui prouvent ou supposent un payement; le préjudice constaté suffit pour qu'on les repousse. Si, par exemple, au lieu d'écus, le gérant a reçu des valeurs compromises, et dont, malgré ses diligences, il n'a pu opérer le recouvrement, l'associé commanditaire n'est pas libéré. Ce mode de payement n'est point opposable aux tiers. Le commanditaire n'est dégagé de son obligation envers eux qu'en établissant qu'il a versé réellement sa mise. Quelle sécurité les tiers auraient-ils, si les commanditaires pouvaient abuser de la faiblesse ou de l'ignorance du gérant pour substituer à la somme qu'ils ont promise des créances désespérées? (**Add.** TROPLONG, no 842.)

303. Ceci nous amène à apprécier un fait assez fréquent. Après l'expiration d'une première société en commandite, il s'en forme une seconde entre les mêmes parties, aux mêmes conditions, et souvent, nonobstant l'énonciation au contrat, que le fonds social est d'une somme d'argent déterminée; chacun des intéressés accomplit son obligation, en transportant, de la société qui finit dans la société qui commence, sa mise primitive. Les tiers seront-ils fondés, si l'entreprise ne réussit pas, à s'emparer de l'acte rendu public, pour exiger des associés commanditaires le versement effectif de leur apport?

304. Il faut distinguer : si, au moment où la première société s'est dissoute, les affaires étaient florissantes, et qu'il résulte d'une comptabilité régulièrement tenue que la part de chaque associé dans l'actif à partager, équivalait au montant de sa mise, les tiers n'ont rien à réclamer. Qu'importe que le commanditaire verse des écus dans la caisse de la société nouvelle, ou qu'il y apporte des valeurs d'un recouvrement assuré? Une créance dont la réalisation ne souffre ni difficulté, ni retard, vaut de l'argent comptant. Le défaut de réalisation ne pourrait pas même être invoqué par les tiers, s'il provenait de la négligence ou de la facilité du gérant; de ce que, par exemple, au lieu d'exiger le payement à l'échéance, il aurait accordé des délais à un débiteur tombé depuis en ruine. Le commanditaire n'est responsable que de la réalité de son apport.

305. Mais si, au contraire, les affaires de la société qui finit sont embarrassées, et si la liquidation n'offre que des dangers, quelle qu'ait pu être la bonne foi des associés commanditaires, et alors même qu'ils se seraient déterminés à former une société nouvelle, par l'unique motif qu'ils n'auraient pas à fournir un nouveau capital, ils ne sont pas libérés; car en transportant leur mise de la première dans la seconde société, ils n'ont rien apporté. Les tiers ont toujours le droit de rechercher si la convention rendue publique est sincèrement exécutée.

306. Casaregis, examinant cette question, rappelle le dissentiment qui s'est élevé sur la solution entre lui et un jurisconsulte dont il cite le nom.

Suivant ce dernier, il suffisait à l'associé commanditaire, quand le capital social, d'après la convention nouvelle, était le même que dans la société dissoute, d'apporter dans la société renouvelée ce qu'il avait dans la société primitive; Casaregis repousse cette opinion; il faut, à son avis, un capital réel, et sans cette condition il ne peut exister de société :

... *Sed hoc argumentum nullam videtur habere substantiam. Etenim si nihil aliud ipse asserere intellexit, nisi quod in renovatione sive prorogatione*

societatis censendum sit repetitum etiam pactum prædictum : QUOD SCILICET OMNE PERICULUM SPECTARE DEBEAT AD SOCIETATEM, *hoc ei libenter concedimus; sed opus etiam erit et ab ipso concedi quod in eadem societatis renovatione intelligatur repetitum novum capitale non impar primo capitali limitato.*

... Societas regulariter non renovatur absque aliquo capitali (t. III, p. 130, n°ˢ 24, 25).

307. Il n'y a qu'un cas où la sévérité du principe peut fléchir : s'il est démontré que le commanditaire n'a donné son assentiment à la continuation de la société qu'à la vue d'inventaires dont il résultait *nécessairement* que sa mise était intacte, et que, par conséquent, il n'avait pas de nouveau sacrifice à faire ; le transport de cette mise dans la société projetée suffisant à sa libération, la preuve ultérieurement acquise que la société était en ruine, au jour de la dissolution, n'autoriserait pas les tiers à réclamer le versement d'une nouvelle mise. L'associé, dans ce cas, est protégé par sa bonne foi. Il ne peut souffrir de la fraude pratiquée contre lui. C'est à la condition de ne rien débourser, et parce que les résultats apparents de la liquidation, résultats présentés comme réels par les inventaires, lui en donnaient la certitude, qu'il est entré dans la société nouvelle. Quelle justice y aurait-il à le rendre responsable d'une fraude qu'il n'a pas soupçonnée.

Un arrêt de la cour de cassation, du 19 juin 1834 (Dalloz, XXXIV, 1, 365), a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de Lyon, qui avait consacré ces principes.

308. Un autre arrêt de la cour de cassation, du 14 février 1838 (Dalloz, XXXVIII, 1, 357), a décidé que, dans le cas où l'associé commanditaire s'était libéré de sa mise, en transportant une créance sur un tiers au gérant, si le tiers, au lieu de payer, avait compensé sa dette avec pareille somme que lui devait le gérant personnellement, on avait pu juger que le commanditaire n'avait pas fait sa mise. C'est qu'en effet, des arrangements de cette nature n'équivalent à payement qu'autant qu'il y a versement réel, dans la caisse sociale, de la somme due par l'associé. La question, pour les tiers, n'est pas de savoir si le gérant était ou non débiteur, et si les choses se sont loyalement passées, mais s'il y a eu payement; car il faut qu'ils retrouvent le fonds social dont l'acte a fixé le montant. Autrement, une société en commandite pourrait se former avec un capital nominalement considérable, sans qu'il y eut un écu dans la caisse, l'actif se réduisant à une créance sur le gérant. Cela n'est pas possible; l'apport social ne peut dégénérer en fiction ; il faut un versement réel, soit en écus, soit en valeurs d'un recouvrement non douteux. Les tiers sont autorisés à contester et les tribunaux à rejeter tout arrangement qui n'a pas pour objet et pour résultat la réalisation effective du capital social.

309. Il ne reste plus à examiner que la question de savoir, si le commanditaire qui n'a pas fait sa mise est passible de la contrainte par corps.

310. Un arrêt de la cour de Grenoble, du 18 mars 1840, et un arrêt d'Aix, du 22 juillet de la même année (*Journal judiciaire de la ville d'Aix*, année 1840), ont adopté l'affirmative, par le motif. que « l'obligation de réaliser un apport dans une société de commerce, est essentiellement commerciale. »

311. Cette doctrine est-elle vraie? En principe, pour que la contrainte par corps soit prononcée, il faut, ou que le débiteur condamné soit commerçant, ou que le fait dont la dette résulte soit un fait commercial.

312. Or, que le seul fait de la participation à la société en commandite n'imprime pas au commanditaire la qualité de commerçant, la chose n'est pas contestable. C'était la règle fondamentale en Italie, le berceau de la commandite, et c'est uniquement parce que ce genre de convention offrait à la noblesse et aux gens de robe le moyen de s'associer, sans dérogeance, aux chances favorables du commerce, qu'elle a été admise en France. Le code de commerce n'a point innové. S'il a réglé plus soigneusement la commandite, il n'en a pas changé le principe. Sous la loi nouvelle comme sous l'ancien droit, le commanditaire qui confie son argent à un commerçant, pour l'aider à faire le commerce, ne devient pas commerçant. Obligé de rester dans l'ombre pour ne pas compromettre la prérogative inhérente à sa qualité, de ne supporter les pertes qu'à concurrence de son apport, les tiers ne le voient pas, ne le connaissent pas; il ne traite pas avec eux ; il ne fait aucune opération commerciale, et, selon la définition de la loi, ceux-là seuls sont commerçants qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle.

313. Mais si le commanditaire ne devient pas commerçant, n'est-il pas vrai du moins, comme l'ont exprimé les arrêts d'Aix et de Grenoble, que l'obligation qu'il contracte, se rattachant à un acte essentiellement et nécessairement commercial, en revêt le caractère et ne peut être que commerciale?

Il faut s'entendre; que la société en commandite soit par elle-même commerciale, tout le monde est d'accord à cet égard : c'est une conséquence naturelle de la forme du contrat et de son but.

De la forme : car la société constitue une personne fictive, un *commerçant.*

Du but : car c'est pour faire des actes de commerce, acheter, revendre, spéculer, que la société s'organise.

Mais comment conclure du caractère particulier de la société en commandite, que la promesse d'y verser une certaine somme soit un fait commercial?

La loi a défini scrupuleusement les actes de commerce ; elle appelle de ce nom :

« Tout achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage ;

« Toute entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau ;

« Toute entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de ventes à l'encan, de spectacles publics ;

« Toute opération de change, banque et courtage ;

« Toutes les opérations de banques publiques ;

« Toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers;

« Entre toutes personnes, les lettres de change, ou remises d'argent faites de place en place.

« Tous les engagements relatifs à la navigation intérieure ou extérieure. » (Art. 632, 633 du code de commerce.)

Toute convention, en un mot, qui a pour objet une spéculation sur les choses dont s'alimente le commerce, et pour résultat une négociation directe avec les tiers, est un acte de commerce ; et c'est un principe certain que la loi ne peut être étendue à d'autres cas que ceux prévus par elle. La cour de cassation a décidé, par de nombreux arrêts, que les articles 632 et 633 étaient limitatifs.

Or, comment rattacher à l'un ou à l'autre des cas désignés, la promesse de verser en qualité de commanditaire une somme d'argent dans une société commerciale; quand, ainsi que nous l'avons établi précédemment, cette promesse se renferme entre les

contractants ; et que le gérant peut seul en réclamer l'exécution ; les tiers n'ayant rien à demander directement au commanditaire, dont le nom même n'est pas connu d'eux ?

Lorsqu'un négociant emprunte des fonds pour son commerce, le prêteur, s'il n'est pas négociant, ne fait pas un acte de commerce. Il est bien constant que la destination et l'emploi des sommes prêtées ne changent point, quant à lui, la nature de la convention. La position de l'associé commanditaire n'est pas différente légalement : il promet de l'argent pour faire le commerce, mais personnellement il ne le fait pas, et la loi qui le qualifie de simple bailleur de fonds indique assez le caractère de l'obligation qu'il contracte.

Ne serait-ce pas d'ailleurs indirectement attaquer le principe que le commanditaire n'est pas négociant, que de réputer son engagement un fait de commerce, et de le soumettre, en cas d'inexécution, à toute la rigueur de la loi commerciale ?

314. La cour de Paris a consacré ce système par un arrêt du 28 février 1842 (Dalloz, XLII, 2, 225).

La chambre des requêtes l'a également adopté le 6 mai 1841, en admettant, sur mes conclusions, le pourvoi formé contre les arrêts des cours d'Aix et de Grenoble, dont j'ai rappelé plus haut la date et le motif.

Telle est donc la différence profonde entre l'associé gérant et le commanditaire, que le gérant est obligé indéfiniment aux dettes sociales, et que tant qu'il reste un créancier, quelque somme qu'il ait dépensée, il est sujet à l'expropriation, à la contrainte par corps, à la mise en faillite ; tandis que le commanditaire, passible des pertes jusqu'à concurrence de son apport seulement, ne peut être attaqué que par le gérant ou au nom du gérant, et que si une condamnation intervient pour le contraindre au payement de sa mise, sa liberté ne peut être compromise.

315. § 2. La gestion appartient aux associés responsables et solidaires. Il est juste que, seuls connus des tiers, ils aient la direction exclusive des opérations, puisqu'ils en doivent porter le poids (**Add.** Troplong, n° 405).

Quand la convention n'a pas déterminé les pouvoirs du gérant, il a le droit de faire tous actes d'administration, et toutes opérations qui se rattachent à la société (arrêt de Paris du 26 juin 1841, Dalloz, XLI, 2, 80) ; mais il ne peut, sans autorisation spéciale, aliéner les immeubles sociaux, ni les hypothéquer, ni même transiger (**Add.** Troplong, n°s 681 et suivants).

316. Il ne peut *aliéner* les immeubles, parce que l'objet du contrat est d'exploiter le fonds social, et non de le vendre ;

Hypothéquer, parce que la constitution d'hypothèque est une aliénation indirecte, et qu'on ne peut faire indirectement ce qui est impossible directement (cour de cassation, 21 avril 1841 ; Dalloz, XLI, 1, 222).

Transiger, parce que, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction (art. 2045 du code civil).

Il ne peut non plus compromettre, parce qu'on ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition (art. 1003 du code civil).

317. Nous nous bornons à rappeler ces principes auxquels nous avons déjà donné tous les développements nécessaires. Nous ajouterons seulement que dans le cas même où la faculté de transiger résulterait de la convention sociale, la transaction émanée du gérant n'est valable qu'autant que le procès à l'occasion duquel on l'a faite, concerne exclusivement la société. La transaction qui s'appliquerait à des faits dont le gérant est personnellement responsable, quoique se rattachant à la société, ne lierait pas la société (**Add.** Troplong, n° 680).

318. Un arrêt de la cour de cassation, du 12 avril 1842, a consacré nettement cette importante distinction.

Dans l'espèce, une société en commandite s'était formée à Lyon en 1839, sous la raison de commerce *Bérard et compagnie*. Bérard, le fondateur et le gérant de la société, n'avait ni solvabilité ni probité ; la convention n'était qu'un piége tendu à la crédulité publique. Cependant des actions avaient été placées pour une somme considérable. Mais, la société à peine constituée, deux actionnaires en provoquent la nullité pour cause de dol. L'affaire se plaide, les juges se retirent pour délibérer. A ce moment, Bérard, effrayé des conséquences d'une décision défavorable, propose une transaction ; il consentait à rendre les à-compte versés entre ses mains, et à libérer les souscripteurs de toute obligation pour l'avenir ; on accepte, et une exécution immédiate est donnée à cette convention. Peu de semaines après, Bérard était en fuite, laissant un déficit énorme.

Il fallait payer les créanciers qui avaient provoqué la faillite : les syndics s'adressent aux actionnaires dont la mise n'a pas encore été fournie, à ceux-là même qui avaient plaidé et transigé, et, sur leur refus, arrêt de la cour de Lyon, du 1er avril 1841, qui les condamne à rapporter ce qui leur avait été rendu, et ce qu'ils devaient encore, par ces motifs principaux :

Que le contrat formé entre le gérant de la commandite et les actionnaires qui en avaient ultérieurement sollicité la nullité, n'avait pu être rompu par la volonté seule du gérant ;

Que la transaction faite avec celui-ci n'était point opposable aux tiers, pas plus qu'aux associés, parce que les faits à l'occasion desquels elle avait eu lieu, n'étaient point imputés à la société ;

Qu'il ne s'agissait pas d'actes émanés du gérant, comme gérant, traitant pour la société, au nom et dans l'intérêt de la société ; mais d'actes personnels à Bérard, et dont il était seul responsable.

Cet arrêt ayant été déféré à la cour de cassation, le pourvoi a été rejeté, sur mes conclusions, et par des motifs qui ne sont que la reproduction de ceux donnés par la cour de Lyon.

Cette distinction est parfaitement juste. Il ne suffit pas, en effet, que les faits qui provoquent une contestation judiciaire se rattachent de près ou de loin à la société, pour qu'elle soit obligée ; il faut encore que ces faits soient son œuvre, c'est-à-dire, que le gérant ayant agi dans la limite de ses pouvoirs, l'être moral soit réputé l'auteur direct des stipulations litigieuses ; et il est tout simple qu'en ce cas, la transaction faite par le gérant seul oblige la société, puisqu'elle a eu pour objet et pour résultat de la libérer d'un procès qui la concernait. Mais comment la société subirait-elle légalement les effets de la transaction intervenue sur des actes que le gérant a faits, non pour la société, mais à l'occasion de la société, et qui, sortant des termes de son mandat, n'engagent que sa responsabilité personnelle ?

319. Mais il est des actes qui touchent de près à des actes d'aliénation, et qu'on ne saurait interdire au gérant.

L'art. 747 du code de procédure civile dispose que, lorsqu'un immeuble a été saisi réellement, il est libre aux intéressés, s'ils sont tous majeurs et *maîtres de leurs droits*, de demander que l'adjudication soit faite aux enchères, soit devant notaire, soit en justice, mais sans autres formalités que celles prescrites par les

art. 957, 958, 959, 960, 961, 962, 964, sur la vente des biens immeubles.

En 1833, on a agité devant la cour royale de Paris la question de savoir, si le gérant d'une société en commandite avait capacité pour profiter du bénéfice de cette disposition, et demander la conversion en vente sur publications volontaires de la saisie pratiquée sur un immeuble dépendant de la société.

Il s'agissait du théâtre de l'Ambigu-Comique. Un jugement du tribunal de première instance ayant décidé que l'art. 747 du code de procédure civile exigeait que la partie saisie eût par elle-même l'entière disposition de l'immeuble, et que le gérant d'une société en commandite n'était pas plus que le tuteur, maître des droits confiés à sa garde, la cour de Paris infirma ce jugement par arrêt du 13 août 1833 :

« Attendu que le gérant d'une société en commandite a toute capacité pour défendre, même aux actions immobilières qui intéressent la société;

« Qu'une saisie immobilière existant, et le gérant n'en pouvant arrêter l'effet, le consentement par lui donné à la conversion, ne constituait pas de sa part une aliénation, mais simplement une adhésion à un mode de vente plus favorable pour la partie intéressée. »

Et, sur le recours en cassation, arrêt de rejet du 23 août 1836, au rapport de M. le conseiller Ruperou :

« Attendu que la société dont il s'agit était une société en commandite, régie par un directeur général; que, d'après les art. 23, 25, 27, 28 et 43 du code de commerce, l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration; que son nom ne pouvant faire partie de la raison sociale, ni être inséré dans l'extrait de l'acte social, affiché dans la salle des audiences du tribunal de commerce, il n'est pas même réputé légalement connu des tiers qui contractent avec la société; — que, dès lors, pour l'exécution des engagements sociaux, on ne doit et ne peut s'adresser qu'au gérant, qui représente la société, exerce tous ses droits actifs et passifs, et est le fondé de pouvoir de tous les associés; — que, si la qualité de gérant ne lui confère pas le droit d'aliéner les immeubles faisant partie du fonds social, elle lui donne le droit et lui impose le devoir de défendre aux actions immobilières intentées contre la société, et par conséquent à une saisie immobilière, dans la poursuite de laquelle les associés commanditaires ne peuvent ni intervenir, ni être appelés;

« Que la conversion, permise par l'art. 747 du code de procédure civile, est du droit commun, et que la vente, qui en est la suite, est une vente judiciaire, soumise à des formalités protectrices des intérêts des parties; qu'on ne peut donc pas admettre que le législateur ait entendu, sans l'avoir dit expressément, priver les actionnaires d'une société en commandite d'un droit de cette nature, que leur mandataire invoque comme le mode de vente le plus avantageux;

« Qu'il implique contradiction de dire que le gérant ne peut demander la conversion de la saisie immobilière qu'avec le concours de tous les commanditaires, auxquels toute participation aux affaires de la société est interdite (Dalloz, XXXVII, 1, 139). »

En somme donc, tout ce qui se rattache à l'objet du contrat est dans les attributions du gérant; il n'a pas besoin, pour les actes nécessaires à l'exploitation de la société, d'une autorisation quelconque. Il trouve, dans la seule qualité de gérant, le droit de les faire, et l'exercice de ce droit ne peut être entravé par les oppositions des associés. Mais si, dépassant cette limite, le gérant aliène ce qu'il a mission de conserver; s'il confère des hypothèques, s'il transige, s'il compromet, tout ce qu'il fait est nul, et les tiers, auxquels il n'est pas permis d'ignorer la loi, ne peuvent se prévaloir contre la société des obligations contractées avec eux.

320. Mais si, allant plus loin encore, le gérant applique à ses affaires personnelles les fonds sociaux, les associés seront-ils recevables à le poursuivre, comme un mandataire infidèle, devant les tribunaux de répression, ou n'auront-ils au contraire qu'une action civile en reddition de compte, et la contrainte par corps pour le payement du reliquat?

321. La cour de cassation a consacré la seconde opinion par un arrêt du 13 janvier 1842 :

« Attendu que les dispositions pénales ne peuvent jamais être, sous prétexte d'analogie, étendues d'un cas à un autre;

« Que, par suite de ce principe, l'art. 408 du code pénal ne doit être appliqué qu'aux détournements commis par violation des contrats qui y sont spécifiés;

« Attendu que l'associé gérant d'une société en commandite ne peut être considéré légalement comme son mandataire; qu'en effet, ses pouvoirs, établis par l'acte même de société, font partie des conventions réciproques sous la foi desquelles l'association s'est formée; qu'ils ne peuvent être révoqués que pour cause légitime; qu'ils ne sont pas exercés au nom d'un mandant et dans un intérêt étranger à celui qui les exerce; que, sous tous ces rapports, ils diffèrent essentiellement des pouvoirs qui résultent d'un contrat de mandat;

« Que, dès lors, si ce gérant détourne les fonds appartenant à la société pour les appliquer à ses besoins personnels, cet abus de ses fonctions ne rentre pas dans les termes de l'article 408, puisque ce n'est pas à titre de mandat que les fonds lui ont été remis. »

Les cours de Paris et de Rouen ont décidé, au contraire, que la loi pénale était applicable au gérant de la société en commandite, comme à tout autre mandataire convaincu de détournement.

« Attendu, porte l'arrêt de Rouen :

« Que la question qui se présente à juger est celle de savoir si l'abus que fait de ses fonctions le gérant d'une société en commandite, en détournant les fonds appartenant à la société pour les appliquer à ses besoins personnels, rentre dans les termes de l'art. 408 du code pénal;

« Attendu que, pour la solution de cette question, il importe de rechercher ce qu'est le gérant d'une société en commandite, par rapport aux commanditaires, et abstraction faite des tiers;

« Attendu que les commanditaires ne sont pas de simples bailleurs de fonds, mais de véritables associés, stipulant avec le gérant à qui ils donnent leur confiance pour l'administration exclusive de la société; qu'ils sont à son respect, et dans toute l'acception du mot, des mandants, ayant droit par suite d'en exiger des comptes de gestion;

« Attendu qu'il n'y a nul argument à tirer de ce que l'associé gérant d'une société en commandite ne peut être révoqué arbitrairement, mais seulement pour cause jugée légitime; qu'il en est de même d'une société en nom collectif, lorsque les gérants tiennent de l'acte social le droit d'administrer la société; que le principe écrit dans l'article 1856 du code civil s'applique ici dans toute son étendue;

« Mais, attendu que le droit de révoquer arbitrairement le mandat ne tient pas à l'essence du contrat de mandat; que l'un en doit dire autant de la circonstance que les pouvoirs du gérant ne sont pas exercés dans un intérêt qui lui soit étranger;

« Qu'en effet, le contrat de mandat peut être mo-

difié par des stipulations spéciales que la loi ne prohibe pas, sans qu'il soit altéré dans son essence (arrêt de cassation du 17 juillet 1841).

« Attendu qu'il n'est pas exact de dire que les pouvoirs du gérant ne sont pas exercés au nom d'un mandant; que les mandants dans une société en commandite sont les bailleurs de fonds;

« Que s'il est vrai que, vis-à-vis des tiers, le gérant soit la personnification de la société, qu'il puisse sans le concours des commanditaires, et même malgré eux, engager tout l'actif de l'être moral, il n'est pas moins vrai qu'il demeure responsable de sa gestion envers les bailleurs de fonds, ses coassociés;

« Attendu que de tout ce qui précède, il résulte que le gérant est le mandataire des commanditaires; qu'il a reçu d'eux la mission d'administrer la société dans l'intérêt commun des associés; que s'il n'a pas été fidèle à ses engagements, que si, déchirant son mandat, il détourne les fonds appartenant à la société pour se les approprier, il commet l'abus de confiance prévu par l'article 408 du code pénal, puisqu'au respect des commanditaires, c'est à titre de mandat que ces fonds lui ont été remis » (18 mars 1842).

322. Cette question est grave et difficile. Mais après y avoir longtemps réfléchi, nous adoptons pleinement la solution des cours royales. A notre avis, elle est conforme au texte de la loi pénale, conforme aux principes de la société en commandite, nécessaire à la protection des associés commanditaires.

Selon le droit, le gérant de la commandite a deux faces.

Pour les tiers, il représente la société, ou, pour parler plus exactement, il la résume et l'absorbe en sa personne; il est la société même, et, quand, en dehors de son mandat, il dispose d'objets mobiliers, la disposition est valable. Les associés commanditaires ne pourraient l'attaquer qu'en prouvant qu'il y a eu concert frauduleux entre les contractants.

323. Pour les associés, c'est autre chose. Le gérant et la société sont distincts; la société, être moral, a son individualité; le fonds social lui appartient, et le gérant, simple mandataire chargé d'administrer, ne peut disposer du patrimoine commun qu'autant que ces dispositions sont nécessaires à l'exécution du contrat.

Personne ne conteste cette distinction : et comment l'userait-on? Est-ce que d'une part la qualification même de gérant ne rappelle pas l'idée du mandat? On n'est pas gérant de sa chose; on en est maître. Est-ce que, d'autre part, la solidarité qui résulte des engagements contractés par un seul des gérants n'est pas fondée sur ce que le gérant qui contracte sous la raison sociale, agit comme préposé de ses coassociés? La loi suppose un mandat réciproque entre les associés en nom collectif : la solidarité n'a pas et ne peut pas avoir d'autre cause.

324. Or, si les associés en nom collectif sont les uns à l'égard des autres réputés mandataires, comment le gérant de la commandite aurait-il envers les commanditaires un autre caractère? Selon Ducange, la commandite s'appelle ainsi *quia aliquid commendatur.* Casaregis (t. 1, *disc.* 29, n° 9) est plus explicite encore... *Animadvertimus, quod faciliter accommendæ denominatio ab eodem verbo* COMMENDARE *processit,* EO TAMEN IN SENSU PROPRIO, QUOD SIGNIFICAT ALIQUID COMMITTERE, SEU ALICUJUS FIDEI CREDERE; et nous avons vu en effet, qu'à son origine, elle apparaît sous forme de mandat. Le possesseur de capitaux ou de marchandises les confie au négociant que les spéculations commerciales entraînent au loin, pour les employer, et rendre compte au retour du produit obtenu, en quoi qu'il consiste.

La commandite, en se développant, n'a pas changé d'allure. Le commanditaire étranger au commerce est un simple bailleur de fonds, et le gérant, tenu d'appliquer ces fonds qu'il reçoit à une destination convenue, tenu d'en rendre compte, ne cesse pas d'être un mandataire à l'égard des commanditaires. Pourquoi donc alors, s'il distrait les fonds, et si, au lieu de les consacrer aux affaires de la société, il les dissipe, ou les emploie à ses affaires personnelles, ne serait-il point passible des peines réservées à l'abus de confiance?

325. La cour de cassation repousse l'assimilation du gérant au mandataire, parce que, tirant ses pouvoirs de la convention de société, le gérant ne peut en être privé sans cause légitime, et qu'il ne les exerce pas au nom des commanditaires, mais au sien; dans son intérêt, comme dans le leur.

Mais d'abord il est constant que le gérant, institué par une délibération postérieure à la convention sociale, est, comme toute espèce de mandataire, sujet à la révocation. Les associés peuvent arbitrairement et sans motif le priver du pouvoir qu'ils lui ont conféré. Y aurait-il à faire une exception pour ce cas? Mais, sans insister sur ce point, quelle relation nécessaire y a-t-il entre les prémisses de ce raisonnement et la conséquence? La question n'est pas de savoir si le mandat confié à un gérant a une forme spéciale, ni comment il s'exerce; mais si c'est un mandat. Or, assurément, le mandat se concilie parfaitement avec la position d'un gérant de société en commandite. L'impossibilité légale de lui enlever ses pouvoirs sans cause légitime, quand il les tient de la convention de société, la forme sous laquelle il contracte, l'intérêt qu'il retire personnellement de l'exploitation, rien de tout cela n'empêche qu'il ne fasse la chose d'autrui, et qu'il n'y emploie de l'argent ou des marchandises dont il n'est pas propriétaire.

326. Pothier enseigne, dans son *Traité du Mandat* (n° 16), que si l'affaire qui ne concerne que le seul intérêt du mandataire ne peut être l'objet d'un mandat, il en est autrement, si l'affaire concerne tout à la fois le mandataire, le mandant ou des tiers; car cela suffit, dit-il, pour que le mandataire qui s'en est chargé soit tenu d'en rendre compte.

La loi 2 au Dig. *Mandati*, consacre le même principe : *Mandatum inter nos contrahitur, sive meâ tantùm gratiâ tibi mandem; sive meâ et tuâ, sive tuâ et alienâ.*

Ce qui caractérise le mandat, c'est la nécessité de rendre compte. Or, n'est-ce pas la principale obligation du gérant envers les associés commanditaires?

L'interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles sociaux, de transiger, de compromettre, est tirée de ce que le gérant n'est pas propriétaire et maître des immeubles, et de ce que, renfermé dans les faits d'administration, il n'a pas le droit de disposer du patrimoine social. Or, s'il n'est pas propriétaire et maître, qu'est-il autre chose qu'un agent? Il n'y a pas de condition intermédiaire; et dès lors il faut dire que si, manquant au plus saint des devoirs, un gérant s'approprie frauduleusement une partie des fonds confiés à sa garde, il commet un abus de confiance, et que la loi pénale doit l'atteindre, car elle n'admet pas de distinction entre les mandataires; elle s'attache à la qualité seule, et ne tient pas compte de l'origine ou de la diversité des pouvoirs.

Si les associés, profitant de la faculté que la loi leur donne, avaient confié la gestion à un tiers étranger à la société, et que celui-ci se rendît coupable de détournement, rien n'empêcherait assurément qu'on lui appliquât l'article 408 du code pénal. Le titre de gé-

rant ne serait pas un obstacle aux poursuites; c'est une des qualifications du mandat. Or, quand il est constant que le mandat n'est pas dénaturé, parce qu'en faisant l'affaire d'autrui le mandataire fait aussi la sienne, n'y a-t-il pas plus de subtilité que de raison à prétendre que le gérant, quand il est associé, n'est pas un mandataire, à proprement parler? C'est nier le principe fondamental des sociétés que les associés sont distincts de la société, et qu'en l'être moral résident tous les droits.

327. Le privilége du commanditaire de ne pas être obligé au delà de sa mise, a sa compensation dans l'exclusion complète de la gestion, et dans la nécessité de subir les conséquences de l'ignorance, de la témérité, de la négligence du gérant. Il ne faut pas ajouter à ce danger, en proclamant l'impunité des abus de confiance. Un mandataire ordinaire qui, chargé du recouvrement d'un billet, s'en approprie le moindre part, est condamné correctionnellement; et un gérant de société, après avoir dissipé, volé les millions confiés à sa foi, ne sera exposé qu'à une action civile! et après un jugement constatant son infidélité, il n'encourra que la contrainte par corps, qui s'attache à toutes les dettes commerciales! Non, encore une fois, la loi n'autorise pas ces distinctions. Ce n'est pas la forme qu'il faut voir, il faut aller au fond des choses; et comme, au fond, le gérant n'est qu'un mandataire, il doit expier ses fraudes par l'application de la loi pénale.

328. § 3. La société en commandite est régie sous un nom social. Comme la différence entre la société collective et la commandite, consiste uniquement en cela, que l'associé commanditaire n'est pas obligé au delà de sa mise, tandis que tous les membres de la société collective, indistinctement, gérants ou non, sont soumis à l'obligation indéfinie de payer les dettes sociales, la société en commandite forme un être moral comme la société collective; et comme elle, elle a pour le public une personnification, un symbole (**Add.** Troplong, n° 408).

329. Ce symbole est la raison sociale, et c'est une conséquence naturelle des règles qui précèdent, que les noms des associés responsables figurent exclusivement dans la raison sociale. Si la raison sociale n'est en effet que la formule abrégée du mandat que les associés responsables se confèrent réciproquement, et si l'emploi légitime de cette formule a pour résultat d'engager les biens et la liberté des absents, comme s'ils avaient eux-mêmes signé les effets remis entre les mains des tiers, ce serait tendre un piége au public que d'y faire figurer les noms d'associés dont l'obligation est expressément limitée, et contre lesquels d'ailleurs, ainsi que nous l'avons dit, aucune action directe ne peut être intentée (**Add.** Troplong, n°s 409, 410, 419).

330. C'était une question de savoir, sous l'ordonnance de 1673, si ces mots: *un tel et compagnie*, désignaient une société en commandite, quand il n'y avait qu'un associé responsable. Savary, Pothier, Merlin en induisaient qu'outre le gérant, il devait y avoir un autre associé solidaire. Cette controverse est aujourd'hui sans intérêt. On a reconnu, dans la discussion du code de commerce, qu'une raison sociale ainsi formée s'appliquait aussi bien à la société en commandite qu'à la société collective. La loi nouvelle a donné gain de cause à l'usage contre la doctrine des auteurs (**Add.** Troplong, n°s 360, 369).

Art. 24. Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est à la fois société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

Le projet discuté au conseil d'état ne contenait pas d'article correspondant à l'art. 23.

OBSERVATIONS DES SECTIONS RÉUNIES DU TRIBUNAT.

Art. 23. Cette expression, *les associés en nom*, pourrait, comme celle de *gérant*, donner lieu à de fausses interprétations, si elle n'était pas éclaircie. On pourrait croire qu'il s'agit seulement tel de ceux des associés solidaires qui sont nommés dans la raison sociale; cependant l'intention des rédacteurs du projet a sans doute été de comprendre dans l'article non-seulement ceux-là, mais encore tous ceux qui se sont obligés solidairement dans le contrat en vertu duquel la société s'est formée.

C'est pourquoi on propose de rédiger l'article en ces termes :

« Lorsqu'il y a plusieurs associés solidaires en nom dans le contrat de société, soit que tous gèrent ensemble, soit qu'un ou plusieurs gèrent pour tous, la société est à la fois société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds. »

SOMMAIRE.

331. L'art. 24 est le corollaire de l'art. 23. L'associé collectif, exclu de la gestion, n'est pas moins obligé que s'il y prenait part.

COMMENTAIRE.

331. L'article 24 est un corollaire de la règle consacrée par l'article 23. L'obligation de répondre indéfiniment et solidairement des engagements sociaux, ne procède pas, entre les associés collectifs, de la part que chacun d'eux prend à la gestion, mais de sa qualité. Tous les actes souscrits de la raison sociale sont réputés l'œuvre commune des associés solidaires, et les engagent également.

Le principe n'est pas modifié par la circonstance, qu'à côté d'eux se sont placés des associés, dont la perte est limitée, dès le début des opérations (**Add.** Troplong, n° 403).

Art. 25. Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 16, § 1. *Le nom de l'associé commanditaire ne peut faire partie du nom social* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 22. *Le nom d'un associé commanditaire ne peut faire partie du nom social.*

Art. 23. *Les associés gérants sont tenus personnellement et solidairement de toutes les dettes de la société.*

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE PARIS. — Voy. sous l'art. 23.

TRIB. DE METZ. — Art. 16. Si, indépendamment des fonds que l'associé commanditaire a dû mettre dans la société, il y en a versé d'autres, il est juste que ses droits lui demeurent réservés pour ceux-ci. En conséquence, on propose de terminer l'article par l'addition de ces trois mots : *en cette qualité.*

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DU MANS. — Art. 16. *Le nom de l'associé commanditaire ne peut faire partie du nom social*, etc.

Pour donner plus de force à cette sage disposition et à celles qui suivent, il serait utile de rédiger l'article 16 précité ainsi qu'il suit :

« Le nom de l'associé commanditaire ne peut faire partie du nom social, ni, à plus forte raison, le nom d'aucun des prédécesseurs d'une maison de commerce, qui ne sont plus garants de ses opérations. »

L'usage d'usurper d'anciens noms a pris son origine en Italie; cet abus a souvent occasionné des méprises funestes.

A l'abri d'un nom recommandable et à l'aide d'un compliment adroit, beaucoup d'aventuriers se sont procuré un crédit dont ils ont toujours abusé pour faire des dupes.

Des enfants même, ou des parents d'une ancienne maison qui ont conservé sa dénomination, n'ont pas toujours le même titre qu'elle à la confiance de ses correspondants.

Il importe à tous égards que ce qu'on appelle la raison de commerce ne désigne que les noms de ceux qui dirigent la société et qui sont garants de ses obligations.

TRIB. DE LYON. — Art. 16, rectifié. Le nom de l'associé commanditaire ne peut faire partie du nom social; mais l'associé commanditaire peut gérer et signer en vertu de procuration.

L'associé commanditaire n'est tenu que de la perte du compte de fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société, à quelques sommes que les pertes puissent se monter; il suit le sort des autres créanciers pour toutes les autres sommes qu'il aurait versées dans ladite société.

Il est essentiel de favoriser les commandites, et un commanditaire doit obtenir de son commerce la même confiance que tout étranger.

L'addition faite au second paragraphe nous a paru nécessaire, afin que le commanditaire ne craignît pas de verser d'autres capitaux que son compte de fonds.

SOMMAIRE.

332. Il était d'usage, sous l'ordonnance de 1673, que le nom des associés commanditaires fût inséré dans la raison sociale.
333. C'était un abus.
334. Le code de commerce l'a fait disparaître.
335. Si la loi n'est pas exécutée, quelle en sera la conséquence ?
336. Casaregis pense que, dans ce cas, l'associé commanditaire est tenu solidairement des dettes sociales comme les associés collectifs.
337. Arrêt d'Aix, qui juge qu'il faut consulter les faits, et décider d'après les circonstances.
338. Examen et critique de cet arrêt.
339. Pourquoi la loi s'est-elle opposée à ce que le nom du commanditaire fît partie de la raison sociale ?
340. L'ignorance n'excuse pas le commanditaire.
341. Le silence de la loi sur les conséquences de l'addition du nom d'un commanditaire à la raison sociale, prouve que le principe du droit commun doit recevoir son application.
342. Or, le principe, c'est que le mandant, et telle est pour les tiers la position de l'associé dont le nom fait partie de la raison sociale, est tenu des faits du mandataire, quand celui-ci n'a pas excédé ses pouvoirs.
343. La solidarité est la sanction nécessaire de l'art. 25 du code de procédure civile.
343 2°. Quid *si un acte de société représente le commandité comme commanditaire ? Les créanciers peuvent-ils lui contester cette qualité ?* (TROPLONG, no 419 2°.)

COMMENTAIRE.

332. C'était, sous l'ordonnance de 1673, un usage à peu près général de mêler aux noms des associés gérants ceux des commanditaires, quand il en pouvait résulter un accroissement de crédit pour la société.

333. On abusait du silence de la loi pour en pervertir la pensée. N'est-il pas en effet directement et absolument contraire au principe de la société en commandite, que le commanditaire, qui n'est pas commerçant et ne peut gérer, signe tous les engagements de la société, qu'il soit présent à tous les actes, et que rien ne se fasse avec les tiers sans son intervention?

334. Le code de commerce a fait disparaître cet abus. Il ne faut pas que les tiers qui jugent de la solvabilité, de la moralité, des garanties de la société, par les noms insérés dans la raison sociale, soient exposés à des surprises. La raison sociale ne doit pas être une enseigne menteuse; c'est la formule de la société qui s'oblige, et, dès lors on n'y peut placer le nom des commanditaires, contre lesquels toute action est interdite aux créanciers sociaux (**Add.** TROPLONG, no 419).

335. Mais si, malgré la prohibition de la loi, le nom d'un associé commanditaire est ajouté dans la raison sociale aux noms des associés gérants, quelle en sera la conséquence ?

336. Casaregis, après avoir rappelé (*disc.* 29, t. I, no 27) que le commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des sommes qu'il a mises ou dû mettre dans la société, indique de quelles exceptions, à son avis, la règle est susceptible; et l'une de ces exceptions est précisément le cas où le commanditaire a permis, ou seulement toléré, que son nom fût compris dans la raison sociale :

... *Limita tamen, si aliquis ex accomodantibus passus fuerit, vel permiserit, aut expressè voluerit nomen suum ab accomandatario etiam expendi, quia*

tunc, sine dubio, in solidum ultrà capitalia cum eodem accomandatario teneretur.

337. Un arrêt de la cour royale d'Aix, du 16 janvier 1840 (Dalloz, XL, 2, 151), décide au contraire : « Que le législateur ayant déclaré en principe, par l'art. 21 du code de commerce, que les *noms des associés* peuvent seuls faire partie de la raison sociale, et ne s'étant pas expliqué sur les conséquences de la transgression, spécialement en ce qui concerne ceux qui auraient consenti à prêter indûment leur nom, il faut en conclure qu'il a abandonné aux tribunaux le soin d'apprécier l'influence que la simulation de la raison sociale aura pu exercer sur les tiers, cette appréciation devenant ainsi la règle d'une décision d'équité parfaitement appropriée aux diverses circonstances de chaque cause. »

Et l'arrêt, considérant, d'après ces prémisses, qu'il est invraisemblable que le nom, compris à tort dans la raison sociale, ait déterminé la confiance des créanciers, repousse leur demande.

338. Nous ne balançons point à préférer l'opinion de Casaregis, comme la seule qui convienne au texte de la loi, à son esprit, au véritable intérêt du commerce.

La raison sociale est, comme nous l'avons dit, la formule du mandat que les associés en nom collectif se donnent réciproquement, et c'est par ce motif que les engagements souscrits de la raison sociale obligent tous les associés. Chacun d'eux est censé avoir contracté et signé : *Qui mandat ipse fecisse videtur.* Or, s'il en est ainsi, que peut opposer le commanditaire dont le nom fait partie de la raison sociale, quand le porteur d'un titre qu'il a non signé de sa main, mais autorisé à signer, réclame de lui son payement? La conséquence de toute procuration n'est-elle pas d'obliger le mandant à l'exécution des engagements que le mandataire a contractés dans la limite de ses pouvoirs?

Inutilement alléguerait-il que l'acte de société rendu public ne lui attribuait que la qualité de commanditaire, et que les tiers étaient légalement avertis que sa responsabilité n'excédait pas la mise : les qualifications sont sans effet, quand les actes et les faits les contredisent. Un associé qui, tout en prenant dans la convention le titre de commanditaire, se réserve la gestion, encourt la solidarité; personne n'en doute. Il n'en peut pas être autrement de celui qui, détruisant volontairement la qualité qu'il s'est donnée, autorise les associés gérants à signer de son nom les engagements sociaux, car il est réputé présent aux actes de gestion, et contracter avec les tiers.

339. Lorsque la loi commerciale a défendu que le nom des commanditaires fît partie de la raison sociale, elle s'est déterminée par ce motif, que les éléments responsables de l'exploitation devaient seuls être placés en face des tiers, afin que chacun pût, en connaissance de cause, décider s'il fallait ou non accorder confiance à la société qui se formait. La raison sociale résume la solvabilité collective; elle est l'image abrégée, mais complète, des garanties promises aux créanciers sociaux. Or, que devient la prohibition, si la raison sociale peut impunément n'être pas sincère? si elle est susceptible d'un alliage qui s'en sépare au détriment des tiers? si enfin, des considérations tirées de l'ignorance ou de la bonne foi du commanditaire, du défaut de concours direct à la gestion, de la volonté constante de ne pas renoncer aux prérogatives de sa position, peuvent servir d'excuse à la violation de la loi?

340. De deux choses l'une : ou le commanditaire, en permettant d'insérer son nom dans la raison sociale, a voulu lui donner un crédit que ne lui aurait pas assuré le nom des associés gérants; ou c'est par tolérance, et sans but arrêté d'exciter la confiance des tiers, qu'il a souffert qu'on s'emparât de son nom.

Dans le premier cas, le commanditaire a commis une fraude dont l'inévitable conséquence est l'obligation indéfinie de payer les dettes sociales. Il serait absurde qu'un associé commanditaire pût, sans encourir une responsabilité sans limites, placer, à côté de noms inconnus et sans consistance, un nom qui, en inspirant l'idée d'une incontestable solvabilité, imposerait en quelque façon la confiance aux tiers.

Dans le deuxième cas, c'est à celui qui commet une imprudence d'en subir les effets. Nul n'est censé ignorer la loi, et si, comme il n'est pas douteux, les associés dont les noms sont compris dans la raison sociale sont indéfiniment responsable des dettes sociales, parce que le signataire d'un engagement ne peut pas ne pas en répondre; il n'est pas permis au commanditaire, en s'abritant sous sa bonne foi, de décliner la situation qu'il s'est faite.

341. L'arrêt de la cour d'Aix allègue qu'aucune peine n'est prononcée par l'art. 21 du code de commerce, et il en conclut qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier l'influence que la simulation de la raison sociale a pu exercer sur les créanciers, et de statuer d'après les circonstances. C'est là un de ces moyens termes dont l'équité, ce qu'on est convenu d'appeler l'équité, s'accommode parfaitement bien; et, en effet, tous les intérêts ne sont-ils pas satisfaits quand, faisant la part des circonstances, le juge applique, ou dénie la solidarité, selon que les tiers ont été ou non trompés par l'apparence? Y a-t-il justice à frapper de la même peine le commanditaire que son ignorance a jeté dans un péril qu'il ne soupçonnait pas, et celui qui s'est rendu complice d'une fraude préparée contre le public?

Mais ces distinctions ne sont pas possibles; la différence dans les faits n'en produit aucune dans les résultats; dès qu'il est admis que la raison sociale équivaut au mandat pour les associés qui s'en servent, la situation du mandaut est invariablement la même; c'est-à-dire que, par la puissance du droit, le mandant est présent à tous les actes, il les signe, il accepte les engagements... Comment n'en serait-il pas responsable?

342. C'est mal interpréter le silence de la loi que d'en inférer qu'elle n'a pas entendu que la solidarité fût la conséquence nécessaire de l'infraction prévue par l'art. 23 du code de commerce. Quand la loi laisse aux actes leurs effets légaux, elle n'a pas besoin de s'expliquer. Ce n'est que dans le cas où on aurait voulu refuser aux créanciers la solidarité, qu'une disposition formelle était indispensable. Les dérogations au droit commun ne se présument pas.

Le négociant qui, librement et volontairement, signe un effet de commerce, ne peut se refuser au payement sous prétexte qu'en signant il n'avait pas l'intention de s'obliger. On ne peut opposer au titre que les exceptions qui, l'attaquant dans son essence ou dans sa forme, et qui, en détruisant sa force obligatoire, en paralysent l'exécution. Comment la loi qui ne souffre pas qu'on invoque ce qui aurait été dit avant, lors ou depuis la confection du titre, se prêterait-elle à des résistances qui n'auraient pour fondement qu'une pensée demeurée secrète, une protestation intérieure contre les effets inhérents à l'acte?

Or, le négociant qui autorise un tiers à signer, comme mandataire, tous les engagements relatifs à un certain commerce, n'est pas plus fondé à exciper, contre les poursuites dont il est l'objet, de l'intention qu'il a eue de n'exposer qu'une certaine partie de

son patrimoine, car il est responsable de tout ce qu'a fait le mandataire dans la limite du mandat; et si les faits du mandataire comportent la solidarité, la contrainte par corps, il doit les subir. Chacun est responsable des actes qu'il a faits directement, ou qu'il a autorisé à faire en son nom : *qui mandat ipse fecisse videtur*. Le droit du tiers ne cesse que dans le cas où les engagements, manquant de sincérité, de réalité, constituent un abus.

343. En résumé, l'art. 25 du code de commerce n'a pas d'autre sanction que la solidarité; c'est bouleverser toutes les règles que de supposer les immunités de la commandite compatibles avec l'insertion du nom de l'associé commanditaire dans la raison sociale. Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, que la commandite est une exception, et que, pour jouir des avantages qu'elle comporte, il faut se renfermer strictement dans la loi.

Il n'y a rien de plus dangereux que de tolérer des infractions qui dénaturent les conventions, et dont l'effet est de livrer les tiers à l'incertitude, ou de les exposer aux pertes dont ils ne peuvent se garantir. Or, c'est les tolérer que d'en subordonner la peine aux circonstances. La règle qui varie dans son application n'est jamais respectée.

Art. 26. L'associé commanditaire n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 16, § 2. *L'associé commanditaire n'est tenu que de la perte des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société* (a).

RÉDACTION PROPOSÉE PAR LA CHAMBRE DE COMMERCE DE PARIS. — Art. 16. *L'associé commanditaire n'est tenu que de la perte du fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société.*

Dans le cas où des prélèvements auraient réduit le capital, le commanditaire sera tenu de les rapporter (b).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 24. Conf. à l'art. 26 du code (c).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE PARIS. — Voy. sous l'art. 23.

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE GENÈVE. — Art. 16. Le second paragraphe n'explique pas clairement de quel fonds il est ici question; pour prévenir toute fausse interprétation à cet égard, on propose la rédaction suivante :

« L'associé commanditaire n'est tenu que de la perte des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société pour le capital de sa commandite. »

Pour compléter cet article sur les obligations des associés commanditaires, il faut prévoir le cas où leur société viendrait à tomber en faillite. Alors, s'ils ont reçu annuellement l'intérêt de leur fonds capital, le payement de cet intérêt ayant été stipulé d'avance dans l'acte de société, on croit qu'il leur est légitimement acquis; mais s'il leur a été fait une répartition de fonds à titre de bénéfice, on estime qu'ils doivent les rapporter en capitaux et intérêts.

Le second cas devrait être expressément stipulé, si mieux on n'aime défendre toute répartition de bénéfices aux associés commanditaires avant l'expiration de la société et le remboursement de tous les créanciers.

TRIB. DE MARSEILLE. — Art. 16. Le nom de l'associé commanditaire ne peut faire partie du nom social.

En cas de perte, l'associé commanditaire n'est tenu de supporter que celle des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société.

La rédaction indiquée par la seconde partie de l'article présente un sens plus clair que celle du projet.

(b) MOTIFS.

Le paragraphe ajouté à l'article a paru nécessaire pour exprimer d'une manière positive que le commanditaire est responsable de la totalité de la somme qu'il a mise ou dû mettre dans la société : l'expression du paragraphe précédent étant négative, n'était pas assez explicite.

On a objecté que les prélèvements ne s'opèrent que lorsqu'il y a bénéfice constaté par l'inventaire; que dès lors le capital de la commandite reste entier, et se trouve tacitement reconstitué chaque année.

Mais il est à remarquer que les bénéfices constatés par un inventaire ne sont que présumés; qu'ils reposent sur la supposition de la solidité et fixité des valeurs qui constituent l'actif, valeurs qu'un jour après le partage un accident peut altérer ou détruire. Cette considération, jointe à celle que l'expression négative du second paragraphe n'était pas suffisamment explicite, a déterminé l'opinion de la chambre en faveur de l'addition proposée.

(c) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

BÉRENGER demande s'il ne serait pas juste de faire supporter au commanditaire une perte égale, non-seulement aux fonds qu'il a mis dans la société, mais encore aux bénéfices qu'il en a précédemment retirés.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) objecte que ces bénéfices sont réputés consommés.

BÉRENGER dit qu'une société peut avoir fait pendant plusieurs années des bénéfices considérables, dans lesquels le gérant n'ait eu qu'une très-faible part. Pourquoi, s'il vient une année malheureuse, la perte en entier tomberait-elle sur lui?

L'ARCHICHANCELIER dit qu'on ne peut admettre l'opinion de Bérenger sans changer la condition du commanditaire. Elle consiste essentiellement à ne pouvoir perdre plus que les fonds qu'il a mis en société. Ainsi, faire une année commune, et reprendre les bénéfices touchés, peut-être même consommés, ce serait porter les engagements du commanditaire au delà des bornes que leur donne le contrat.

Il importe de favoriser la société en commandite, parce qu'elle assure, surtout aux petits marchands, la ressource d'obtenir les fonds des capitalistes.

Aucun de ceux-ci ne voudrait plus former de société en commandite, s'il lui fallait courir de semblables chances.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) dit qu'assurément personne ne voudrait s'exposer à rapporter, peut-être après dix ans, le dividende qui a servi à pourvoir à ses dépenses journalières.

BÉRENGER dit que le public ignore quelle est dans la société la part des gérants; il l'a crue plus considérable qu'elle ne l'est, et, dans cette confiance, il a ouvert un crédit à la société. Cependant un malheur survient; la commanditaire a pris les bénéfices et il ne reste rien pour les créanciers. N'est-il pas à craindre, avec un pareil système, que tout crédit soit perdu pour les sociétés en commandite?

CRÉTET répond que ce système existe et que néanmoins les sociétés en commandite obtiennent du crédit.

SOURCES.

Édit de 1673, tit. IV, art. 8.

SOMMAIRE.

344. L'article 26 du code de commerce précise la différence existant entre la société en nom collectif et la société en commandite.
345. Le commanditaire est-il tenu de rapporter les bénéfices qu'il a reçus, quand l'actif ne suffit point au payement des dettes sociales?
346. Opinion du jurisconsulte Straccha, contraire à l'associé commanditaire.
347. Opinion de Savary en sens inverse.
348. Cette opinion doit être préférée.
349. Elle est conforme à la volonté manifestée par les auteurs du code de commerce, dans la discussion du conseil d'État.
350. Arrêt de la cour de cassation, dans le même sens.
351. Arrêt de la cour de Paris, contraire au commanditaire.
352. La doctrine de la cour de cassation est en harmonie avec le principe de la commandite.
353. La seule question que puissent agiter les créanciers est de savoir s'il y a eu bonne foi.
354. La bonne foi n'existe que, lorsqu'au moment où la distribution des dividendes a eu lieu, il y avait des bénéfices réels.
355. Il ne suffirait pas que le gérant eût déclaré la société florissante, pour soustraire les associés commanditaires à la nécessité d'une restitution.
356. Arrêts analogues de la cour de Paris et de la cour de cassation.
357. Les commanditaires doivent vérifier l'état de la société.
358. L'ignorance volontaire équivaut à la complicité de la fraude commise par le gérant.
359. Le système qui considérerait comme suffisante la preuve de l'ignorance du commanditaire, serait une cause perpétuelle de fraude et de dommage pour les tiers.
360. Que faudrait-il décider si le gérant avait présenté de faux inventaires?
361. L'associé commanditaire ne peut, quand il a été stipulé que sa mise produirait un intérêt annuel, en réclamer le payement du gérant, s'il n'y a pas de bénéfices réalisés.
362. Arrêt de cassation et de la cour de Paris, en sens contraire.
363. Arrêts de Rouen favorables aux commanditaires.
364. Critique de ces arrêts.
365. Le gérant n'est pas dans la position d'un emprunteur. Il ne doit pas personnellement aux associés les intérêts promis par le contrat. La société seule est débitrice, et la société ne peut, pour payer des intérêts, diminuer le fonds capital.
366. La convention ne s'exécute qu'autant qu'elle est compatible avec la nature des rapports établis entre les parties et avec les droits des tiers.
367. Dès que les droits des tiers sont menacés, le gérant peut ne pas payer.
368. Danger du système contraire.
369. Opinion de Pothier.
370. Exemple tiré des sociétés en commandite récemment formées.

COMMENTAIRE.

344. L'art. 26 du code de commerce détermine avec précision la différence qui sépare la société en commandite de la société collective. Le commanditaire, simple bailleur de fonds, n'est passible des pertes que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a mise ou dû mettre dans la société. Quelle que soit donc la situation de la société, si le commanditaire n'a rien fait qui compromette les priviléges attachés à son titre, les créanciers n'ont rien à lui demander. Le versement de la mise satisfait à ses engagements (**Add.** Troplong, n° 828).

Nous avons expliqué (art. 23) comment, si la mise n'avait pas été fournie, le commanditaire pouvait être attaqué; par quelle voie; devant quelle juridiction; comment, en cas de faillite, il pouvait s'armer contre les créanciers des exceptions opposables au gérant; mais comment aussi les tribunaux auxquels appartient la connaissance du litige, avaient le pouvoir d'écarter les arrangements, d'ailleurs sincères, dont le commanditaire tirait la preuve de sa libération.

Nous nous bornons à rappeler ces points en renvoyant aux développements qu'ils ont reçus. Nous ajouterons seulement que, dans tous les cas où des discussions s'élèvent entre le commanditaire et les créanciers, le juge doit se pénétrer de cette pensée, que tout arrangement qui appauvrit la société, n'est point opposable aux tiers; à leur égard, il ne suffit pas de produire une quittance, la comptabilité doit démontrer qu'un versement réel a été fait, c'est-à-dire que le gérant a reçu ou des écus, ou des créances d'un recouvrement certain. La loi prescrit de publier le montant de la commandite; or cette publicité ne serait qu'un piége tendu aux créanciers, si, par des quittances sans causes, ou par la réception de valeurs douteuses, le gérant pouvait à son gré réduire, d'un quart, d'un tiers, de la moitié, le capital social.

345. Mais si le commanditaire ne doit rien au delà de sa mise, n'est-il pas tenu, au moins, de rapporter dans la caisse de la société les dividendes qu'il a reçus, lorsqu'à l'expiration du contrat l'actif ne suffit point à l'extinction des dettes? (**Add.** Troplong, n° 846).

Tout le monde admet que, jusqu'à la dissolution de la société, il n'y a pas, à proprement parler, de bénéfices; car ils se composent uniquement de l'excédant de l'actif sur le passif; et cet excédant ne peut être connu que lorsque, après la cessation des affaires et la liquidation, il y a eu balance définitive des ressources et des dettes sociales. Jusque-là donc, il n'y a que des allocations provisoires, des prélèvements sur des gains présumés; et si, à la dissolution, l'actif ne suffit pas pour payer les dettes, il semble que les créanciers et le gérant ont le droit, les premiers, pour échapper à tout dommage; le second, pour éviter sa ruine, d'exiger des commanditaires qu'ils contribuent aux pertes dans la proportion des bénéfices qu'ils ont retirés de la société.

Mais, d'un autre côté, imposer au commanditaire l'obligation de rapporter des dividendes reçus de bonne foi, employés à payer ses dettes, à bâtir, ou à décorer sa maison, consommés enfin d'une manière plus ou moins utile, n'est-ce pas une rigueur extrême? On règle ses dépenses sur ses revenus actuels, et le législateur tient compte de cette considération. Ainsi, quand le possesseur a été de bonne foi, il fait les fruits siens: obligé de restituer le principal, il garde l'accessoire. La loi ne le soumet point à des répétitions qui pourraient entraîner sa ruine: ces revenus qu'il a pu légitimement regarder comme sa chose, on présume qu'il ne les a pas conservés. La loi romaine avait poussé la prérogative de la bonne foi jusqu'à dispenser l'héritier apparent, quand il avait vendu des fonds héréditaires, touché et consommé le prix, d'en restituer l'équivalent à l'héritier véritable

qui se présentait, s'il n'était pas devenu plus riche. Il était tenu *quatenus locupletior factus erat*.

Or, n'est-ce pas une application et plus juste et plus nécessaire de ce principe, que, dans le cas où les bénéfices ont été recueillis de bonne foi par le commanditaire, on ne puisse l'en priver, parce que, postérieurement à la perception de ces bénéfices, des circonstances moins favorables ont réduit l'être moral à l'impuissance de payer ses dettes?

Il faut choisir entre ces deux systèmes, dont le principe est également vrai : il faut peser l'intérêt opposé du commanditaire, du gérant et des créanciers ; et, dans la lutte entre le caractère essentiellement provisoire des allocations faites au commanditaire avant la liquidation de la société, et les prérogatives de la bonne foi, rechercher ce qui se concilie le mieux avec la nature du contrat de commandite.

346. Suivant les règles du droit civil, les bénéfices n'étant qu'un accessoire du capital participent de sa nature ; telle est du moins la doctrine enseignée par les commentateurs du Digeste.

Straccha (*De contract. mercat.*, n° 16, p. 383), qui écrivait au seizième siècle, adoptant cette doctrine, en induit sans hésitation que le commanditaire est tenu de laisser dans la société tous ses bénéfices, comme accessoire de son capital.

Le statut de Sienne (*Statuti della mercantia di Siene*, chap. CXLIII) contient quelque chose de semblable. On y lit « que l'associé qui voudra n'être tenu que jusqu'à concurrence de *son capital et des fruits acquis*, doit le déclarer au notaire. »

C'est dire en termes assez clairs, que si des bénéfices ou des fruits ont été remis au commanditaire, ce n'est, à proprement parler, qu'un dépôt dont il reste comptable, jusqu'à ce que la liquidation, en constatant l'excédant de l'actif sur le passif, confirme dans sa main la propriété des sommes qu'il a reçues.

347. Sous l'ordonnance de 1673, Savary, l'un de ses auteurs, exprimait une opinion différente.

348. On ne peut nier que cette opinion ne soit en parfaite harmonie avec l'idée sous l'influence de laquelle s'est développée la commandite. C'est, en effet, pour attirer dans le commerce les capitaux d'une noblesse fastueuse et prodigue, que la commandite a été instituée. On a voulu que, sans se mêler de négoce et sans déroger, elle pût recueillir des gains supérieurs à l'emploi permis de l'argent. Il fallait donc que ces bénéfices, réalisables à des époques rapprochées, au fur et à mesure des opérations pour ainsi dire, vinssent, en lui donnant un aliment certain, encourager l'esprit de spéculation. Quel attrait aurait pu avoir la perspective d'un gain dont la réalisation, reportée dans l'avenir, n'aurait d'ailleurs été définitive qu'après une liquidation longue, embarrassée, soumise à toutes les fatalités du commerce? A des hommes, étrangers par goût et par position aux affaires commerciales, il faut des certitudes ; il faut qu'ils ne soient pas enchaînés aux résultats d'opérations dont ils n'ont pas la direction ; et qu'exposés à perdre le capital dont ils ont fait l'avance, ils ne courent pas d'autre danger ; il faut surtout qu'ils ne puissent jamais être forcés de rapporter les fruits qu'ils ont reçus de bonne foi, et consommés : leur fortune pourrait succomber à ces retours imprévus.

349. Lorsqu'on discuta le code de commerce, la question fut examinée. Une disposition avait été présentée, portant que le commanditaire serait tenu de contribuer aux pertes dans la proportion des bénéfices qu'il aurait faits précédemment.

Cette proposition était fondée :

Sur la nécessité de protéger le gérant, exposé à porter le poids des mauvais jours, quand peut-être il n'avait pris qu'une faible part aux gains des années favorables ;

Sur l'intérêt des créanciers qui, mal instruits des droits du gérant, avaient pu lui accorder un crédit hors de proportion avec ses ressources personnelles ;

Sur le danger d'enlever aux associations en commandite la confiance, dont la base est la certitude que le capital et ses accessoires seront religieusement employés à l'acquittement des dettes.

On répondit :

Que les bénéfices reçus étaient réputés consommés ;

Que la proposition, si elle était adoptée, changerait la condition du commanditaire, dont la prérogative était de ne pouvoir perdre au delà des fonds apportés dans la société ;

Qu'elle éloignerait les capitalistes, dont aucun ne voudrait prendre part à des conventions qui le soumettraient, après dix années peut-être, à rapporter un dividende qu'il aurait employé à ses dépenses journalières ;

Que la loi avait toujours été appliquée de la sorte, sans que le crédit des sociétés en commandite fût altéré.

La proposition fut retirée.

350. Cependant la question s'étant présentée devant la cour de Rouen, un arrêt du 14 décembre 1807 décida que l'associé commanditaire ne pouvait refuser de contribuer aux pertes dans la proportion des bénéfices qui lui avaient été remis. Il s'agissait à la vérité de faits consommés sous l'ordonnance de 1673 ; mais on disait que la condition du commanditaire était la même sous l'ordonnance que sous le code de commerce. Si l'art. 26 du code de commerce porte « que l'associé commanditaire n'est passible des dettes que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou dû mettre dans la société, » l'art. 8, titre IV de l'ordonnance, exprime « que les associés en commandite ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leur part. » C'est, en d'autres termes, une disposition identique.

L'arrêt, ayant été déféré à la cour de cassation, fut annulé le 14 février 1810 :

« Considérant qu'un commanditaire n'est tenu de courir le risque que de la mise qu'il s'est obligé de faire ; que, dans l'espèce, il avait été stipulé, par le pacte social, art. 14, que chaque intéressé aurait le droit de prélever à chaque inventaire sa part des bénéfices acquis ; que Cardon a retiré les bénéfices dont il s'agit le 19 frimaire an XII, temps auquel la société jouissait de tout son crédit ;

« Considérant, de plus, que, lors de la discussion au conseil d'Etat de l'art. 26 du nouveau code de commerce, qui répète la disposition de l'art. 8, titre IV, ordonnance de 1673, il fut proposé d'ajouter que le commanditaire fût tenu de contribuer aux pertes dans la proportion des bénéfices qu'il aurait précédemment faits ; que cette proposition fut combattue comme une innovation dangereuse, et qu'elle fut rejetée ; qu'en conséquence, lors de la présentation des premiers titres de ce code au corps législatif, l'orateur du gouvernement dit que les commanditaires ne sont jamais passibles que de la perte des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société ;

« Qu'il résulte de cet esprit bien connu du législateur, qu'un commanditaire qui a reçu de bonne foi des bénéfices acquis, et qui peut les avoir consommés, ne doit pas être soumis à en faire le rapport ; que la seule ressource des créanciers qui prétendraient ce rapport, serait de prouver qu'il n'existait point de bénéfices à l'époque où on en avait supposé pour en faire le partage ; que, dans l'espèce, cette preuve n'a pas été faite. »

351. Mais sur le renvoi, la cour de Paris adopta l'opinion de la cour de Rouen (11 février 1811; Dalloz, t. XII, v° *Société*).

« Attendu que, participant à tous les profits en raison de son intérêt dans la société, le commanditaire doit en supporter toutes les pertes à proportion; qu'on n'estime profit réel de société que ce qui reste de gain, toutes pertes déduites, sur tous les profits des diverses affaires ou opérations de la société; attendu que ce n'est qu'en balançant tous les résultats particuliers de chaque année, que l'on trouve le résultat unique et véritable de toute la durée de l'association; résultat final, qui seul apprend s'il y a effectivement bénéfice ou perte, et d'après lequel le commanditaire conserve ou rapporte ce qu'il a retiré par anticipation de la caisse sociale; que les bénéfices annoncés par des inventaires partiels ne sont que des bénéfices présumés, reposant sur la supposition de la solidité et fixité des valeurs qui constituent l'actif, valeurs qu'un incident peut, d'un instant à l'autre, altérer ou détruire; que ce serait aller contre la nature des choses que d'admettre que des sommes touchées par anticipation sont des bénéfices, quand l'ensemble des résultats démontre qu'il n'y a pas eu de bénéfice; qu'enfin si le commanditaire, conformément à la règle stricte, attendait la dissolution de la société pour avoir des répartitions, il n'en obtiendrait ni ne pourrait en obtenir, la société étant en faillite; qu'il répugne à la raison et à l'équité que sa position devienne meilleure, et celle des créanciers plus désastreuse, parce que, ne consultant que son avantage personnel, il a anticipé des répartitions basées sur des bénéfices incertains;

« Considérant que des principes professés par les auteurs qui ont connu le véritable esprit de l'ordonnance de 1673, il suit que les prélèvements faits, à quelque titre que ce soit, par les associés, pendant le cours et avant la dissolution de la société, sont purement provisionnels et nécessairement sujets à rapport, en cas de perte constatée par la liquidation, et singulièrement en cas de faillite notoire;

« Considérant que c'est dans ce sens que sont licites les conventions entre associés pour se répartir des bénéfices et intérêts durant la société; qu'attacher le caractère d'irrévocabilité à ces sortes de répartitions, quel que fût en définitive l'état de la société, ce serait autoriser les associés à épuiser par des prélèvements successifs, ou sous divers prétextes, nonseulement leurs propres mises, mais même les autres fonds sociaux, de manière qu'il ne resterait rien pour l'acquittement des dettes de la société, et que tout le profit serait pour les associés, et toutes les pertes pour les créanciers;

« Considérant que tous ces principes sont tellement incontestables et inhérents à l'essence des sociétés, qu'ils ne pourraient être méconnus sous l'empire du code de commerce actuel, qui s'est servi du mot *mise* au lieu de *part*, employé par l'ordonnance de 1673; qu'en effet, ces deux lois, s'accordant sur l'objet principal, ont également voulu que la mise tout entière ne cessât pas d'être le gage des créanciers; mais que cette volonté serait évidemment enfreinte, si l'on adoptait le système des prélèvements sans rapport, en cas de déficit; qu'au surplus, sous l'ordonnance de 1673, qui a assujetti l'associé commanditaire au payement des dettes jusqu'à concurrence de sa *part*, terme qui, dans sa généralité, comprend tout ce que cet associé a droit de retirer de la société, capital et accessoires quelconques, la question du rapport n'a jamais souffert ni ne peut souffrir la moindre difficulté;

« Considérant que, s'il y a faveur pour les commanditaires qui doivent connaître la nature et l'étendue de leurs engagements, pour ces riches capitalistes alimentant le commerce, mais toujours avec la perspective d'un gain illimité contre une perte bornée, la même faveur est due à plus juste titre à des créanciers honnêtes et confiants, qui souvent, pour une modique rétribution, ont donné à la société leurs fonds, leurs marchandises, leur industrie et leur travail. »

L'arrêt se termine par des considérations de fait, tendantes à démontrer qu'en réalité les bénéfices avaient été supposés; ce qui, dans tous les cas, mettait la solution à l'abri de la censure.

La question s'étant présentée le 4 février 1819, devant la cour de Colmar, elle y a été résolue selon la doctrine de la cour de cassation, et le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté.

352. Nous n'hésitons pas à donner un plein assentiment à ce dernier système. Nous pensons, avec Savary, que le principe du contrat serait violé si l'on soumettait le commanditaire à rapporter les dividendes qu'il a reçus de bonne foi. Il ne faut pas, en effet, étendre hors de sa portée la règle qui réduit à une allocation provisoire les dividendes remis à l'associé commanditaire, avant la fin de la société. C'est pour les associés qu'elle est instituée, parce qu'en effet l'égalité qui préside aux rapports des associés entre eux exige qu'au moment où la liquidation s'opère, chacun tienne compte de ce qu'il a reçu, à quelque époque, et sous quelque dénomination que ce soit. Il n'y a, jusqu'à la liquidation définitive, que des faits provisoires entre les associés; tout est subordonné au résultat final des affaires communes.

Mais à quel titre les tiers se plaindraient-ils des distributions de dividendes légalement faites? Ils ont le droit incontestable d'exiger le montant de la commandite, tel qu'il a été fixé par la convention rendue publique; car c'est la fortune de la société qui a déterminé leur confiance. Mais quand il est prouvé que chaque associé commanditaire a versé sa mise; et que toutes les sommes réunies ont été, sans défalcation, consacrées au payement des dettes sociales, ils n'ont plus rien à réclamer.

353. La seule question qui puisse s'agiter est la question de bonne foi.

354. Or, à quels caractères se reconnaît la bonne foi?

Il y a bonne foi si, au moment où les dividendes ont été distribués, le bénéfice était réel; c'est-à-dire si, balance faite de l'actif et du passif, l'actif certain, réalisé, excédait le passif de la somme dont les associés commanditaires ont profité; car en ce cas seulement il y a bénéfice. Toutes les fois que la différence de l'actif sur le passif n'est point encore encaissée, et qu'il y a des recouvrements à faire, quelque rassurantes que soient les apparences, ce n'est qu'une espérance; et la plus légitime espérance n'autorise point un prélèvement. Une faillite imprévue peut, en effet, abaisser l'actif au-dessous du passif, et modifier à ce point l'état financier de la société, que le dividende soit prélevé sur le capital. Or, il n'est pas possible, quand les créanciers réclament leur payement, qu'à la place des écus qui devraient se trouver dans la caisse, on leur donne des titres sans valeur, des actions contre des faillites, des recours dont l'inutilité est constatée d'avance.

355. Mais comment le commanditaire saura-t-il ces détails? Ne suffit-il pas pour mettre sa bonne foi hors de doute que le gérant accuse des bénéfices? Et quand, exposant les résultats d'une gestion que le commanditaire ne connaît pas, le gérant déclare que la prospérité de la société permet une distribution, le

commanditaire n'a-t-il pas un juste sujet de craire qu'en effet il en est ainsi?

Non : là n'est point la bonne foi telle que les lois la définissent; c'est la crédulité. La bonne foi suppose l'ignorance absolue des faits; elle ne protége celui qui l'invoque qu'autant que des investigations consciencieuses ne l'ont point éclairé. La bonne foi n'est pas compatible avec l'inaction, ou avec la volonté de ne pas s'enquérir de la vérité des choses; car cette inaction, cette volonté, si conformes d'ailleurs aux suggestions de l'intérêt personnel, peuvent trahir une complicité; elles constituent dans tous les cas une faute dont les conséquences doivent peser sur son auteur. Ainsi, un immeuble est vendu, l'acquéreur obtient des délais pour payer son prix; l'acte de vente exprime cette stipulation. Le terme expiré, l'acquéreur revend; le prix de la revente est payé comptant; rien assurément ne dénote mieux la bonne foi, dans son acception vulgaire, que le payement fait par le second acquéreur; il n'est pas supposable, quand il s'est dessaisi lui-même, qu'il ait voulu causer à qui que ce soit un préjudice. Il a payé parce qu'il a cru que son vendeur était propriétaire, libre de disposer, en état de lui transférer le domaine incommutable de la chose vendue; et cependant n'est-il pas certain que ce genre de bonne foi ne le sauverait pas de l'éviction exercée par le premier vendeur? que le défaut de vérification constitue une imprudence, une faute dont il est responsable? Il n'y a bonne foi que si les faits, attentivement examinés, ont dû nécessairement présenter comme incontestables les droits de celui avec lequel on a traité.

356. La cour de Paris, par un arrêt du 20 juillet 1835, a mis en relief cette doctrine en l'appliquant à des achats de créances :

« Attendu que, si la vente d'un droit incorporel par le propriétaire apparent, pouvait être considérée comme valable en faveur de l'acquéreur de bonne foi, par exception au principe qui annule la vente de la chose d'autrui, cette exception ne pourrait être invoquée par cet acquéreur, qu'autant qu'il aurait été dans l'ignorance invincible des droits des tiers. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 4 mai 1836.

357. Ce serait trop exiger, sans doute, que d'imposer au commanditaire l'obligation de consulter les livres de la société pour en connoître l'exacte position. Il en a le droit; mais il peut manquer des connaissances nécessaires pour en user : c'est même la probabilité. Les commanditaires ne sont pas familiers avec les pratiques du commerce. Mais il n'y a pas nécessité, pour se rendre un compte fidèle de la situation sociale, de dépouiller les écritures, de les rapprocher, de les combiner. Aux termes de l'art. 9 du code de commerce, tout commerçant est tenu de faire, tous les ans, un inventaire de ses effets mobiliers et immobiliers, et de ses dettes actives et passives. Il faut qu'à tout instant, il puisse se rendre compte de sa position, et, par une comparaison toute mathématique entre ses ressources et ses dettes, savoir si elle est prospère, ou menacée. Or, il n'est pas besoin d'être commerçant pour saisir les résultats d'un inventaire : l'œil le moins exercé peut voir ce que doit la société, ce qui lui est dû; ce qu'elle a d'argent en caisse, car tous ces détails sont écrits; c'est la matière de l'inventaire. Chacun, par conséquent, peut s'éclairer sur la légalité des prélèvements qu'ordonnent les gérants. S'il n'y a pas d'inventaire dressé, c'est une contravention, dont le commanditaire accepte la responsabilité; comment invoquerait-il sa bonne foi, quand il y a eu violation des lois? Il ne peut pas y avoir ignorance invincible, quand on s'abstient non-seulement des vérifications possibles, mais de celles-là mêmes qui sont imposées par la loi. C'est alors une ignorance volontaire, calculée peut-être; c'est, légalement parlant, un fait de mauvaise foi, et rien ne peut soustraire aux poursuites des créanciers le commanditaire qui, suivant en aveugle la foi du gérant, acceptant sans contrôle ses paroles et ses calculs, a reçu un dividende, quand il n'y avait pas de bénéfice réalisé, et s'est conséquemment, au mépris des règles du droit les plus certaines, approprié une partie quelconque du fonds capital.

358. Le système contraire, s'il était admis, exposerait les tiers aux plus odieuses déceptions. Le gérant pourrait toujours, en présentant des chiffres que la cupidité des commanditaires se garderait bien de contrôler, sacrifier l'intérêt des créanciers, soit à la coupable vanité de faire montre d'une habileté que les faits mieux connus démentiraient; soit au désir, plus coupable encore, de s'emparer, sous forme de bénéfices, du capital social.

359. Il ne faut pas se le dissimuler : s'il est conforme à la nature de la société en commandite, que l'associé commanditaire ne rapporte pas les bénéfices qu'il a reçus de bonne foi, et qu'en présence de créanciers non payés, il garde des sommes considérables, et dont une partie peut-être suffirait à libérer l'être moral, c'est cependant une déviation du principe de droit qui, assimilant les fruits au capital, les soumet à la même règle, comme les parties d'un même tout. Cette déviation a sa cause, sa justification même; nous en avons exposé les raisons; mais pour l'appliquer sagement il faut, tout à la fois, que, d'inventaires régulièrement dressés, il résulte qu'au moment des répartitions, la somme distribuée à titre de dividende formait un bénéfice véritable, et que des vérifications soigneusement faites aient confirmé ce résultat. Admettre que l'ignorance volontaire suffit pour écarter l'action des tiers, c'est rendre les associés commanditaires indifférents à la gestion, donner à la négligence les prérogatives de la bonne foi, encourager la fraude; c'est enfin pervertir toutes les notions du droit. Autant la bonne foi mérite de faveur, autant il faut se montrer rigoureux envers tout ce qui ressemble à la négligence, et pourrait dégénérer en calcul. Que le gérant soit ou non sincère, ni ses paroles ni ses écrits ne peuvent faire qu'il y ait bénéfice quand il n'y en a pas. Les faits ne se modifient point au gré des intérêts.

360. Mais la solution ne changera-t-elle pas, si l'inventaire a été faussé par le gérant? Nous ne le croyons pas; car, entre les créanciers qui n'ont pas constitué le gérant, et les commanditaires dont il est l'agent, le choix ne peut pas être douteux. Les créanciers n'ont rien à se reprocher; tandis que les commanditaires, outre qu'ils doivent s'imputer d'avoir confié leurs intérêts à un mandataire infidèle, ont à se reprocher de n'avoir pas fait ou fait faire des vérifications propres à démontrer le mensonge de l'inventaire. C'est sans doute un malheur pour eux d'être exposés à un dommage dont une prudence ordinaire ne les pouvait pas garantir; mais enfin, il ne faut pas perdre de vue le principe, que la répétition n'est interdite qu'autant qu'il y a bénéfice réel. Or, la fraude commise par le gérant ne change pas l'état des choses. Le gérant, en trompant les commanditaires, ne peut pas leur conférer un droit irrévocable; car ce droit ne dépend pas d'une supposition, d'une fausse opinion, mais d'un fait constant, de l'existence des bénéfices.

La seule ressource des commanditaires, dans ce cas, serait une action en dommages-intérêts contre le gérant, si la fortune de celui-ci en rendait l'exer-

cice utile. Les tribunaux ne refuseraient pas assurément aux commanditaires des réparations équivalentes au préjudice qu'ils éprouvent.

361. Une autre question se présente, digne également d'examen et de discussion.

Dans ces derniers temps, où un grand nombre de sociétés en commandite ont été formées, on a stipulé dans les actes, qu'outre leur part de bénéfices, les associés commanditaires recevraient un intérêt annuel de cinq ou six pour cent. Cette stipulation est-elle licite, obligatoire, à ce point, que, quel que soit l'état de la société, le gérant puisse être contraint de payer aux commanditaires les intérêts promis ; à défaut de payement, être poursuivi ; et que les créanciers n'aient pas le droit de réclamer le rapport des sommes ainsi payées aux associés commanditaires, même quand elles ont entamé le fonds capital ? (**Add.** Troplong, nos 191, 192, 622, 846.)

362. Dans le procès où s'est agité le rapport des bénéfices par le commanditaire, c'était aussi un des points du débat, et la cour de Rouen avait décidé que les intérêts devaient, comme les bénéfices, être rapportés pour servir au payement des dettes sociales.

Sur le pourvoi, l'arrêt fut cassé, comme nous l'avons dit :

« Attendu que le pacte social contenait une stipulation expresse que chaque associé prélèverait les intérêts de sa mise à raison de six pour cent ; que cette clause était usitée, pour ne pas dire générale ; qu'il en résultait pour chaque associé une créance contre la société, à raison de laquelle il avait les mêmes droits que les autres créanciers ; qu'il serait nuisible et contraire au bien du commerce de faire courir à des commanditaires le risque de rapporter plusieurs années d'intérêts, dont le prélèvement aurait été stipulé, fait et consommé de bonne foi ; que ce serait obliger le commanditaire au delà de sa mise qu'il aurait toujours laissée entière dans la société, et qu'il ne serait obligé de fournir qu'avec la condition d'en retirer l'intérêt ; que, dans l'espèce, les vingt mois d'intérêts ont été payés en traites acquittées, tandis que la société jouissait de la plénitude de son crédit. » (14 février 1810. Dalloz, t. XII, vo *Société*.)

Mais la cour de Paris, appelée à prononcer, décida :

En droit « que le fait des intérêts était inséparable de celui des bénéfices ; que les intérêts ne pouvaient se prendre que sur les bénéfices dont ils faisaient partie ; qu'autrement ils entraîneraient le retrait partiel de la mise qui doit toujours demeurer intacte pour les créanciers ; »

En fait « qu'il n'y avait pas eu de bénéfices, » et les commanditaires furent en conséquence condamnés au rapport des sommes qu'ils avaient touchées à titre d'intérêts de la mise sociale.

363. Depuis, la cour de Rouen, abandonnant les doctrines qu'elle avait professées en 1807, a jugé, le 26 janvier 1841, que la stipulation d'intérêts payables aux associés était obligatoire pour le gérant, en quelque position que fût la société, tant qu'elle jouissait de son crédit ;

« Attendu que l'acte social du 14 mai 1838 a fixé à neuf années la durée de la société entre le gérant et le commanditaire ; que, par l'art. 6, il a été formellement stipulé que les mises sociales porteraient intérêt à six pour cent, qui seraient prélevés par chaque associé de six mois en six mois ;

« Attendu que le droit d'opérer ces prélèvements n'est pas, par la convention, *subordonné à l'existence de bénéfices plus ou moins importants* ;

« Que la clause de l'acte, telle qu'elle est conçue, repousse cette idée ; que les prélèvements d'intérêts dont il s'agit, à raison même de leur fixité et de leur périodicité semestrielle, *ne devaient pas attendre la constatation et la réalisation des bénéfices espérés ;*

« Attendu qu'une pareille stipulation, habituellement insérée dans les actes de société en commandite, ne blesse en aucune manière la nature et l'essence du contrat ; que le commanditaire, comme le gérant, ne court pas moins la chance de perdre la totalité ou une partie de son capital ;

« Que la stipulation reste toujours aléatoire, et rentre ainsi dans la nature du contrat de société ; que la clause dont il s'agit n'est soumise à aucune des prohibitions prévues par les dispositions générales de la loi sur les sociétés ;

« Attendu que si, par l'effet des prélèvements et de l'importance des pertes que pourrait éprouver la société, le fonds social devenait insuffisant pour exécuter les opérations auxquelles il était destiné, le gérant devrait alors user de la ressource qui lui est accordée par la loi et demander la dissolution de la société, en se fondant soit sur l'extinction de la chose, soit sur l'altération qu'elle aurait subie ;

« Qu'il ne s'agit pas de rechercher si, en cas de faillite de la société, les tiers seraient ou non fondés à forcer le commanditaire à rapporter les prélèvements qu'il aurait opérés ;

« Que, dans l'espèce, la société est en pleine activité ; qu'il n'est pas articulé que le fonds social soit absorbé par les pertes ;

« Que, dans cette position, les stipulations des associés doivent recevoir leur exécution ; qu'elles n'ont d'autres limites que celles posées par la loi ou fixées par la nature du contrat. »

Dans un arrêt du 30 mars 1841, la même cour a déclaré que les intérêts non payés, mais portés au compte courant de l'associé commanditaire, formaient à son profit une créance qui ne pouvait, en cas de faillite, être contestée par la masse.

« Attendu que, conformément aux conventions de la commandite arrêtées entre Varquin père et ses enfants, la mise sociale de celui-ci devait produire des intérêts payables tous les six mois ; que cette stipulation, usitée dans le commerce, ne renferme rien de contraire à l'essence et à la nature du contrat de société ; que le commanditaire ne doit pas être exposé à de plus grands risques que ceux qu'il a voulu courir ; que le droit par lui réservé de toucher périodiquement les intérêts de sa commandite, constitue une condition sans laquelle il n'eût pas consenti à courir la chance de perdre son capital ; que cette condition ne porte pas atteinte au principe en vertu duquel le commanditaire n'est obligé que jusqu'à concurrence de sa mise ;

« Attendu que, dans l'espèce, Varquin père, au lieu de percevoir les intérêts de sa mise, en a été crédité sur les livres de la société ; que ces intérêts ne sont pas un supplément de mise ; qu'ils constituent sur la société, et au profit de Varquin, une créance ordinaire qui n'était pas soumise aux mêmes chances que le capital ; que les conventions de l'acte social, dont l'extrait a été publié, sont obligatoires pour les tiers comme pour les associés eux-mêmes ; que la mise du commanditaire étant abandonnée, la mesure de la perte pour celui-ci ne peut être étendue au delà. »

364. Il y a dans ces décisions une partie qui mérite une approbation sans réserve. Ainsi, la stipulation d'intérêts est licite en elle-même, et doit être exécutée, quand il y a des bénéfices réalisés ; de même, si, au lieu de recevoir les écus mis à sa disposition, l'associé les a laissés dans la caisse sociale, et

que son compte courant ait été crédité d'autant, il acquiert une créance certaine contre la société. Sa condition est la même que si, après avoir retiré la somme à lui due, il l'avait prêtée à la société.

Enfin, lorsque les intérêts promis ont été prélevés sur des bénéfices réalisés, toute répétition est interdite aux créanciers sociaux. Intérêts ou dividende, il n'importe, le mot ne fait rien à la chose : les créanciers qui n'ont rien perdu du fonds de commandite, n'ont pas droit de se plaindre. Ces principes sont évidents à nos yeux.

365. Mais est-il vrai, comme la cour de Rouen le décide expressément, que la prestation des intérêts promis aux commanditaires par la convention soit indépendante *de la constatation et de la réalisation des bénéfices espérés?* Est-il vrai surtout que, si le gérant, poursuivi en payement d'intérêts par les commanditaires, consacre à sa libération une partie du fonds capital, les créanciers n'en pourront pas demander le rapport?

Ce système est contraire aux règles du droit.

Si les conventions font la loi des parties, c'est à la condition qu'elles seront conformes au droit positif, et que les éléments qui les constituent ne seront pas altérés par l'exécution.

Tout ce qui tient uniquement à la nature des contrats, peut sans doute se transformer au gré des contractants; ainsi, la vente n'est pas dénaturée, parce que toute espèce de garantie est refusée à l'acquéreur; la rente viagère ne l'est pas davantage, parce que, à défaut du payement régulier des arrérages, la résolution du contrat et la reprise de possession de l'immeuble qui faisait le prix de la rente ont été stipulées. Mais il n'y a pas de vente, si l'un ne s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer; il n'y a pas de rente viagère, si les effets de la convention ne dépendent du hasard. Les stipulations des parties ne peuvent, sans vicier la convention, toucher à son principe.

Or, la stipulation d'intérêts, supposée compatible avec la société en commandite, s'applique naturellement au contrat de prêt. Est-ce donc qu'entre ce contrat et la convention de société il y ait des affinités, et que le gérant de la société, considéré comme emprunteur, puisse légalement être soumis au payement des intérêts du fonds de commandite? Non : 1° il est de l'essence de la société, que le gérant ne se rende pas débiteur envers chacun des commanditaires individuellement des sommes dont se compose leur apport. C'est une mise en commun dont la société, qui comprend et les commanditaires et les gérants, devient propriétaire. Tout s'absorbe en elle, et tant que la convention dure, il y a pour tous les intéressés, non un droit de propriété, mais une expectative, une espérance subordonnée dans ses effets aux chances de l'avenir. Nous avons vu (n° 8) avec quelle énergie la cour de cassation, en rejetant, le 20 avril 1842, un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'Orléans, a proclamé l'incompatibilité du prêt avec la société (**Add.** Troplong, nos 442, 447).

2° Il est de l'essence de la société, que l'associé commanditaire aliène sa mise, et qu'il soit soumis aux conséquences de l'exploitation sociale. Comment à un titre quelconque recevrait-il des bénéfices, quand la société est en perte? (**Add.** Troplong, n° 443.)

3° Il est de l'essence de la société, que le fonds social soit le gage exclusif des créanciers sociaux. Ils ne peuvent en être privés ni directement ni indirectement; et c'est pour empêcher les fraudes dirigées vers ce but, que la loi exige la mention du capital social dans les publications auxquelles elle subordonne la validité du contrat. Or, si, dans le cas même où les opérations sociales n'ont pas produit un résultat utile, le commanditaire peut réclamer l'intérêt de sa mise, et si le gérant est tenu de payer, par cela seul que la société jouit encore de son crédit, il est clair que c'est conférer au commanditaire la faculté de ressaisir ce qu'il a versé. Il faut bien que le gérant, quand il n'y a pas de bénéfices, emploie le fonds social à payer les dettes de la société.

366. Or, maintenant, si le gérant et le commanditaire ne peuvent jamais être placés dans la situation respective d'un emprunteur ou d'un prêteur; si le gérant ne contracte envers le commanditaire aucun engagement personnel; si, la société seule étant obligée, le fonds social affecté aux créanciers ne peut, pour une portion quelconque, être détourné de sa destination; n'est-il pas évident que, s'il n'y a pas de bénéfices, le commanditaire ne peut pas plus réclamer d'intérêts, qu'il ne pourrait demander un dividende; et que si, de gré ou de force, le gérant a versé dans les mains du commanditaire une somme prélevée sur le fonds capital, celui-ci en est responsable envers les créanciers?

367. Si la stipulation d'intérêts est permise dans les sociétés en commandite, c'est en ce sens seulement que, d'une part, elle assure aux associés dont les capitaux sont exposés à périr une plus forte part des profits qu'à ceux dont l'apport a consisté seulement dans leur industrie; et que, d'autre part, elle les dispense d'attendre, pour toucher, la confection des inventaires, qui généralement, au moins, n'ont lieu qu'une fois par année. Mais l'application de la clause suppose nécessairement des bénéfices réalisés; car, autrement interprétée, elle violerait le principe essentiel de la convention.

La cour de cassation et la cour de Rouen objectent que le commanditaire ayant versé ses fonds dans la société à la condition d'en recevoir l'intérêt, on ne peut se dispenser de la remplir. Oui, sans doute, c'est la condition du versement; mais n'est-il pas de principe constant, que toute condition doit être entendue et accomplie selon la nature du contrat auquel on l'ajoute? Or, si, comme nous l'avons démontré, la mise de l'associé commanditaire appartient exclusivement, entièrement, aux créanciers sociaux, et s'il n'en peut reprendre une fraction quelconque sans encourir la nécessité d'une restitution, la stipulation, il faut bien le reconnaître, n'a pas légalement d'autre signification que celle-ci : qu'une somme suffisante au service des intérêts doit être prélevée sur les bénéfices, et que conséquemment, s'il n'y a pas de bénéfices, il n'y a pas de prélèvement à faire; car enfin, nous le répétons, ce n'est pas le gérant personnellement, mais la société qui s'est obligée au service des intérêts, et la société ne peut détourner de sa destination le patrimoine mis en commun.

La cour de Rouen semble réserver le droit des tiers pour le cas où la diminution du fonds social rendrait le payement des dettes impossible. Mais sur quoi fonder cette distinction entre les tiers et la société? Si les tiers peuvent opérer une action en répétition, c'est parce que le payement est nul; il ne peut pas y avoir d'autre motif : une disposition licite du fonds social n'autoriserait pas un recours contre qui a reçu; or, est-il besoin de discuter pour établir que si le créancier ne peut valablement exiger son payement, le débiteur n'est pas tenu de payer?

368. Voyez où conduit ce système! Une société se forme avec un capital d'un million : les tiers avertis par les extraits publiés de la convention sont autorisés à croire qu'un million sera consacré au payement des dettes sociales. Mais la société ne réussit pas, et chaque année 50 ou 60,000 fr. sont prélevés sur le ca-

pital pour payer aux commanditaires les intérêts que leur promettait le contrat ; et les créanciers non payés n'auront pas le droit d'exiger qu'on rapporte à la caisse les sommes qui en ont été détournées ! On admettra qu'une société qui n'a rien gagné, a pu valablement, légalement, distribuer aux associés des bénéfices ; car, enfin, l'intérêt n'est pas autre chose qu'un bénéfice, un fruit de la mise : et ce qui ne serait pas toléré sous le nom de dividende, pourra, sous l'appellation d'intérêt, devenir légitime ?

369. Pothier dit bien que l'un des associés peut, outre sa part dans les profits, stipuler une allocation d'intérêts ; mais Pothier raisonne dans le cas où, les affaires sociales étant prospères, il y a lieu de partager des gains acquis. Des règles qu'il pose et des conséquences qu'il en déduit, il résulte expressément, que, s'il n'y a rien à partager, l'associé n'a pas d'action personnelle contre le gérant ; il n'a qu'une action sociale, une action contre l'être moral, et à laquelle l'être moral n'est tenu de satisfaire qu'autant que la prospérité de l'entreprise lui permet de le faire, sans diminuer en rien le capital, espoir et gage des créanciers.

370. L'abus qu'on a fait de la stipulation que nous examinons en révèle hautement le danger. Les choses n'en étaient-elles pas venues à ce point, il y a quelque temps, que, dans des actes de société en commandite, il était exprimé que, sur le capital, la somme nécessaire au service des intérêts pendant deux ans, trois ans, quelquefois plus, serait prélevée et déposée à la banque de France !... Ce sont là des énormités en droit, des tromperies en fait. A la place d'une exploitation régulière, et dont les commanditaires sont appelés à recueillir le profit, ou à supporter le dommage, on met des conventions qui répugnent à la commandite. Pour un avantage présent, on ruine l'avenir ; on épuise le fonds social ; on coupe l'arbre pour en avoir le fruit... La loi ne permet pas de telles conventions.

Le principe qui domine toute la matière des sociétés, c'est que le capital social ne soit point détourné de sa destination ; c'est que, pendant la durée de la société, les associés n'aient droit qu'aux fruits réalisés de ce capital ; que lorsqu'ils les ont reçus de bonne foi, la société prospérant, ils les puissent garder. Toute autre convention est illicite et nulle (**Add.** Troplong, n°s 189, 190).

Art. **27.** L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. **17.** *L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société* (*a*).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. **25.** *L'associé commanditaire ne peut concourir en aucune manière aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société* (*b*).

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE CASSATION ET D'APPEL.

TRIB. DE PARIS. — Voy. sous l'art. 23.

TRIB. DE BRUXELLES. — Art. 17. On a vu quelquefois de simples associés commanditaires abuser de la réputation que leur donnait leur grande fortune, pour exciter le crédit en faveur de leur société, sans cependant gérer ouvertement.

Ne pourrait-on pas, pour éviter cet abus, ajouter à la prohibition : « Ni même rien faire qui tende à augmenter le crédit de la société, soit par lettres, soit par tous autres actes. »

TRIB. DE CASSATION. — Art. 17. On proposa d'y ajouter pour second paragraphe :

« Il ne peut assister aux assemblées de la société, ni prendre part aux délibérations. »

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE LYON. — Art. 17 et 18. A supprimer.

Les observations à l'art. 16 ci-dessus, expriment les motifs de la suppression des articles 17 et 18.

TRIB. DU HAVRE. — Art. 17. L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société. Les mots *concourir comme gérant*, sont trop vagues et nous paraissent présenter de nombreux inconvénients. Qu'une maladie, une absence nécessaire de l'associé commandité, oblige le commanditaire à surveiller, à diriger même momentanément les intérêts sociaux, perdra-t-il par cela seul l'avantage attaché à sa qualité de commanditaire, de ne pouvoir être tenu que jusqu'à la concurrence de sa mise, et les dispositions de l'article 18 lui seront-elles applicables ?

Cette rigueur nuirait à la *formation* de ces sortes de sociétés, parce qu'elle les rendrait trop dangereuses, en s'opposant à ce que celui qui aurait confié ses intérêts à ce titre, eût le droit de les surveiller.

Nous proposons de substituer à cet article la rédaction suivante :

« L'associé commanditaire ne peut gérer personnellement les affaires de la société qu'il a commanditée.

« Il ne peut faire des achats ou ventes, ni contracter aucune obligation ou engagement sous le nom de ladite société. »

TRIB. DE GENÈVE. — Art. 16 et 17. Quel est le but de ces deux articles ? Celui de préserver tout individu appelé à faire une opération de confiance, de l'erreur dans laquelle il pourrait tomber au sujet de son vrai débiteur, si celui avec lequel il traite, le croyant associé, ne se trouve que simple commanditaire. Cette intention, bienfaisante au premier coup d'œil, entraîne néanmoins des conséquences très-fatales, en ce qu'elle priverait les associés gérants des secours les plus naturels et les plus à leur portée, en cas de maladies, voyages ou autres circonstances extraordinaires ; par quelles personnes pourront-ils se faire aider ou remplacer avec plus de confiance que par leurs associés en commandite ? N'ont-ils pas tous un même intérêt au succès de la chose ? ne sont-ils pas censés avoir déjà une connaissance particulière de la nature des affaires ? Les commanditaires ne sont-ils pas le plus souvent d'anciens chefs de maison, qui facilitent de cette manière l'établissement de leurs successeurs ?

Si l'on estime que les sociétés en commandite sont avantageuses à l'extension qu'une grande nation doit donner à son commerce, il ne faut pas mettre des entraves à ce genre d'associations. Quel commanditaire osera entrer dans le bureau ou dans les magasins de sa société, l'article 18 étant en vigueur ? Il craindrait d'y proférer un mot, une parole, qui pût donner lieu contre lui à une action en garantie, comme solidaire pour toutes les dettes de la société.

La loi, en exigeant l'inscription aux greffes des tribunaux de commerce de l'extrait des actes de société, a pourvu suffisamment aux intérêts du public ; et le créancier qui néglige d'en prendre connaissance, s'est exposé volontairement à toutes les conséquences qui en peuvent résulter contre lui.

Le simple facteur qui agit par procuration, peut induire dans la même erreur que le commanditaire ; cependant on

n'a pas interdit aux négociants la faculté de s'en servir.

Par toutes ces considérations, on demande formellement la suppression des art. 17 et 18. Cependant s'ils doivent subsister, on désire que l'art. 17 soit modifié, en le terminant par ces mots : *à moins d'un pouvoir spécial.* Il en résulterait que l'associé gérant ne serait pas entièrement privé des secours qu'il peut tirer de son associé commanditaire, mais que celui-ci ne pourrait agir qu'en vertu d'une procuration.

TRIB. DE STRASBOURG. — Art. 17. Il serait à désirer, à l'égard de l'associé commanditaire, que la gestion dans les achats ou ventes pour la société, qui lui est interdite par cet article, fût mieux expliquée, car on ne croit pas que le commanditaire puisse être regardé comme gérant, lorsque dans une place tierce, n'est-à-dire autre que celle de sa résidence ou du lieu où sa maison de commerce est établi, il agit par ordre ou commission de cette même maison.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 17 et 18. La société en commandite, en dispensant par esprès les commanditaires de tout travail, leur donne néanmoins l'inspection sur les opérations de commerce.

Le négociant cédant son fonds sous le titre d'associé commanditaire, accorde sa présence pour soutenir et conserver son ancienne achalandise; il promet ses soins dans le cas d'absence ou de maladie des associés.

Ces stipulations sont avantageuses, autant à l'intérêt social qu'à celui des créanciers; les associés qui voudraient s'affranchir des effets de cette surveillance, ou de toutes autres conditions, ne pourraient agir que par des motifs de dol ou d'ingratitude.

Il pourrait même arriver qu'après qu'ils auraient diverti les fonds sociaux, ils parviendraient, sous de vains prétextes, à se procurer dans le magasin la présence des commanditaires, afin de les rendre, par cela seul, responsables de leur inconduite.

Changer la forme usitée des sociétés commanditaires, ce serait les anéantir, et porter par là un préjudice notable au commerce.

Nous serions donc d'avis que les art. 17 et 18 soient supprimés, l'art. 16 qui les précède étant suffisant.

(*b*) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT. — OBSERVATIONS DES SECTIONS RÉUNIES DU TRIBUNAT.

Cet article n'enlève pas à l'associé commanditaire le droit de concourir aux délibérations sur les opérations sociales.

Art. 29. N'est-ce pas énoncer une exclusion trop générale que de dire que l'associé commanditaire ne peut *concourir en aucune manière aux achats, ventes, obligations et engagements de la société?*

Un des droits du commanditaire est de participer aux délibérations générales de la société, et ces délibérations ont souvent pour but, ou d'en approuver les opérations, ou d'en autoriser les engagements, de sorte que, sous ce rapport, le commanditaire y concourt et doit y concourir, au moins par son consentement.

On croit que les sages précautions que cet article a en vue seraient assez établies en disant :

« L'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion, ni être employé même en vertu de procuration. »

SOMMAIRE.

371. § 1. L'application de l'art. 27 du code de commerce a soulevé les plus graves dissentiments.
372. En principe, le commanditaire ne doit pas gérer; l'immixtion dans les affaires est contraire à la pensée fondamentale du contrat.
373. En Italie, toutefois, la gestion n'était pas formellement interdite à l'associé commanditaire.
374. En France, l'ordonnance de 1673 était muette à cet égard.
375. Savary en avait conclu que les associés commanditaires pouvaient prendre part à l'exploitation.
376. De grands abus sont résultés de cette interprétation de la loi.
377. La loi nouvelle s'est proposé d'y mettre un terme.
378. Comment on a été amené à refuser au commanditaire le droit de prendre part à la gestion, même en vertu d'une procuration.
379. Frémery critique cette disposition.
380. Réfutation.
381. Le commanditaire peut agir ou comme tiers, ou comme associé.
382. Comme tiers, il a le droit de contracter avec la société, etc.
383. Avis du conseil d'État qui le décide ainsi.
384. Arrêt conforme.
385. Comme associé, le commanditaire a le droit d'inspecter les écritures.
386. Il peut assister aux délibérations sans compromettre sa qualité.
387. Même dans le cas où l'objet de la délibération serait de modifier les statuts de la société.
388. Une délibération, quelle qu'en soit la matière, ne dégénère point en acte de gestion, quand le gérant conserve une entière liberté d'action.
389. Mais si les statuts et les délibérations ont pour résultat de soumettre à la volonté des associés commanditaires les actes du gérant, il y a violation de la loi.
390. Arrêt de la cour de Paris qui consacre cette distinction.
391. Résumé des actes permis ou défendus à l'associé commanditaire.
392. En général, tout acte émané du commanditaire, et qui a pour objet et pour résultat l'aliénation du fonds social, est un fait de gestion.
393. Critique d'un arrêt de la cour de Rennes, qui a jugé que des dispositions opérées par les commanditaires et diminuant le fonds social, ne constituaient pas un fait de gestion.
394. Critique d'un arrêt de la cour de Paris dans le même sens.
395. Autre arrêt de la cour de Paris, plus conforme aux principes.
396. Le commanditaire peut, sans inconvénient, travailler à la liquidation de la société dissoute. Arrêts des cours de Paris et de Bordeaux, qui consacrent cette doctrine.
397. Les commanditaires sont personnellement responsables envers les tiers des engagements qu'ils contractent pour la liquidation.
397 2°. *Ils peuvent, en vertu des statuts, donner un successeur au gérant dont les fonctions ont cessé* (TROPLONG, nos 431, 432).
397 3°. *Mais ils ne peuvent se réserver le droit de le destituer à volonté* (TROPLONG, no 433).
398. § 2. Un commanditaire peut-il être commis dans la société dont il fait partie? Opinion de Pardessus.
399. Arrêt contraire de la cour de Paris.
400. Les termes de la loi ne permettent pas d'exception. Un commis est nécessairement employé aux affaires de la société. C'est une position incompatible avec le titre de commanditaire.
401. § 3. L'immixtion de l'associé commanditaire dans la gestion est une fraude, et peut se prouver par témoins.

COMMENTAIRE.

371. Aucune disposition de la loi commerciale n'a peut-être soulevé plus de dissentiments, et produit dans son application plus de contradictions, que l'article dont nous nous proposons actuellement l'examen.

372. La loi interdit au commanditaire tout acte

de gestion ; elle ne veut pas même qu'il soit employé aux affaires de la société en vertu d'une procuration. Mais cette interdiction a-t-elle d'autre objet que d'empêcher le concours direct de l'associé commanditaire aux faits de la gestion, afin de préserver les tiers de toute erreur qui leur nuirait? Est-ce au contraire l'inaction qu'elle impose, et défend-elle de contrôler les actes du gérant? Ou, si cette surveillance dérive nécessairement de la qualité d'associé, n'a-t-elle pas des limites dont elle ne peut sortir? Sur toutes ces questions, les esprits se sont divisés. Les uns ont pensé qu'il fallait aux gérants une liberté sans restriction; les autres, qu'on ne pouvait, sans rendre le contrat impossible, refuser aux commanditaires la faculté de voir, de suivre, de diriger, pour ainsi dire, les opérations dont, en somme, ils portent tout le poids; et la jurisprudence, au lieu de fixer les doutes, n'a fait que les augmenter, en donnant alternativement aux mêmes faits les solutions les plus contraires.

Nous essayerons, en jetant un coup d'œil sur le passé, sur la discussion du conseil d'État, sur les arrêts, de déterminer avec précision le sens et l'application de la loi.

373. Quand on se reporte à l'origine de la commandite, une première idée vient à l'esprit : c'est que l'associé commanditaire, nécessairement étranger à la gestion, n'a d'autre droit que de demander compte au gérant des sommes confiées à sa foi. N'était-ce pas, en effet, le but du contrat d'appeler les citoyens que leur position sociale, leurs goûts, leurs fonctions éloignaient du commerce, à en recueillir les profits, sans se mêler à ses travaux?

Rien n'indique toutefois qu'en Italie ce fût la condition nécessaire de l'associé commanditaire, de s'abstenir de la gestion. C'était moins, à ce qu'il semble, son devoir que son droit. Il n'y aurait pas eu d'ailleurs d'inconvénient pour lui à concourir à l'administration, car la règle généralement adoptée était celle-ci : que l'associé n'était obligé envers les tiers, qu'autant qu'il avait directement ou indirectement pris part à l'engagement, soit en signant lui-même, soit en autorisant un autre à signer pour son compte.

Le statut de Gênes portait : *particeps tenetur cùm sub ejus nomine expresso vel tacito sit contractum.* (Décis. 39, n° 29.) Tout associé qui ne participait pas à l'action extérieure de la société, n'était tenu que pour sa mise.

Nous ne parlons pas du cas où le gérant n'était dans la réalité qu'un mandataire, un instrument, n'ayant aucun intérêt dans la société, et couvrant de son nom des opérations dont il n'avait ni la direction ni le profit; car la responsabilité se reportait alors sur les maîtres de l'affaire, quelque qualification qu'ils se fussent donnée.

Si accomandatarius esset tantùm præpositus ab accomandantibus pro administratore, seu complimentario alicujus negotii, ità ut ille appareat nudus minister, sive institor dicti negotii, nullam habens in eâ proprietatem, quia tali casu accomandita non posset sustineri nisi pro verâ ac propriâ societate initâ inter præponentes, et accomandatarius diceretur merus institor ejusdem negotii, licet nomen proprium et non accomandantium in eo expenderet. (Casaregis, disc. 29, n° 28.)

374. En France, l'ordonnance de 1673 n'était pas plus explicite que les statuts adoptés par l'Italie. Elle se bornait, comme ces statuts, à déclarer « l'associé commanditaire oblige seulement jusqu'à concurrence de sa part (art. 8, tit. IV). Mais les mœurs étaient le complément et le commentaire de la loi. Comment les gentilshommes, qui ne s'intéressaient dans les sociétés commerciales qu'à la condition de ne pas déroger, auraient-ils pris une part active à des occupations qui ne leur inspiraient que du mépris? Les préjugés, plus forts que la loi, leur imposaient l'obligation d'être en dehors de la gestion.

375. Chose remarquable cependant! Savary, dans les modèles qu'il donne des sociétés en commandite, assigne à chacun des associés, ou commanditaire ou gérant, le rôle qu'il doit remplir. Il distribue entre eux la caisse, la vente, les achats, la fabrication. Tout le monde a son lot, et comparant la communauté « aux anciennes républiques dont la souveraineté « résidait dans le peuple, par les suffrages duquel « toutes choses se faisaient, et dont les charges « étaient remplies par les meilleurs citoyens, tous « tendant à l'augmentation et conservation de la ré- « publique... » il exprime « que les fonctions étant « divisées, chacun agit séparément, mais que la « puissance du commerce réside dans la société, et « que les associés ne peuvent rien faire d'eux-mêmes, « sans le consentement les uns des autres, au delà « de ce qui a été convenu par l'acte de société. » (**Add.** Troplong, n° 420.)

On ne pouvait reconnaître, en termes plus précis, le droit appartenant aux associés commanditaires de prendre part à la gestion.

376. Quoi qu'il en soit, la commandite a eu le sort ordinaire des institutions qui n'ont pas été réglées complétement par les lois. En s'éloignant de son origine, elle s'est corrompue, et le contrat établi pour venir en aide au commerce et à l'industrie, en y apportant les capitaux oisifs, a fini par être une cause journalière de scandale et de ruine. Combien de fois de prétendus commanditaires, après s'être emparés de la fortune des tiers auxquels ils avaient inspiré confiance, ne se sont-ils pas effacés, laissant à un gérant sans consistance la responsabilité d'engagements, dont ils avaient, eux, recueilli le profit? L'absence de publicité des conventions semblait inviter à ces fraudes.

La cour de cassation, appliquant la règle posée par Casaregis, avait bien jugé, le 16 germinal an XI, « qu'un acte de société portant que des associés qualifiés de commanditaires, administreraient, exploiteraient l'entreprise, et auraient voix délibérative dans les assemblées, n'avait de commandite que le nom; que la participation active des prétendus commanditaires à tous les actes d'administration de la société devenant incompatible avec une société stipulée simplement en commandite, la faisait dégénérer en société simple. » (Dalloz, XII, p. 130.)

La même cour avait bien jugé encore, le 27 floréal an XIII, en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Paris, que le commanditaire qui accepte et négocie des traites pour la société dont il est membre, était nécessairement associé solidaire... (Dalloz, XII, p. 131.) Mais ce n'était pas l'application et la sanction d'un principe nettement écrit dans l'ordonnance. Les décisions étaient fondées sur ce que les stipulations des actes directement opposées aux qualifications qui leur avaient été données, constituaient non des sociétés en commandite, mais des sociétés pures et simples : le fait était jugé, non le droit.

377. Les rédacteurs du code de commerce ont voulu rendre les fraudes désormais impossibles, en réduisant le commanditaire à l'impuissance de jamais se montrer aux tiers.

« S'il importe, disait Regnaud de Saint-Jean d'Angely, le 1er septembre 1807, de favoriser la société en commandite, qui permet à tout propriétaire de capitaux de s'associer aux chances commerciales; qui donne un aliment à la circulation; qui ajoute à son

activité; qui multiplie les liens sociaux par une communauté d'intérêts entre le propriétaire foncier et le fabricant, entre le capitaliste et l'armateur, entre les premiers personnages de l'Etat et le commerçant le plus modeste; il importait d'empêcher les spéculations frauduleuses faites avec audace, sous un nom inconnu, à l'aide duquel on faisait les plus hasardeuses opérations de commerce, de banque ou d'agiotage, et qu'on livrait, en cas de mauvais succès, au déshonneur obscur d'une banqueroute calculée d'avance.

« L'interdiction de toute gestion aux commanditaires est la principale règle établie par la loi. »

378. Le projet de loi portait : « L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux « achats, ventes, obligations et engagements concernant la société. »

La cour de cassation proposa d'ajouter qu'il ne pourrait assister aux assemblées, ni prendre part aux délibérations.

La cour de Bruxelles, allant plus loin encore, voulait « que le gérant ne pût rien faire qui tendît à augmenter le crédit de la société, soit par lettre, soit par tous autres actes. »

Telle était la crainte de voir se renouveler les scandales qui avaient affligé le commerce, sous l'ordonnance de 1673, qu'on voulait, en quelque façon, immobiliser le commanditaire; ce n'était plus de la précaution; c'était de la défiance.

Mais la gestion d'une société commerciale peut être confiée à un fondé de pouvoir. C'est un principe de droit reconnu par tous. Le commanditaire pourrait-il, comme tout autre étranger, être investi d'une procuration de ce genre; et, faisant comme mandataire ce qu'il ne pouvait comme associé, diriger au nom et pour compte des gérants, et sous leur responsabilité, la société dans laquelle il avait versé des fonds? (**Add.** Troplong, n° 421.)

Les tribunaux de Douai, d'Orléans, du Havre, de Marseille, de Lyon, de Strasbourg, de Genève, de Toulouse, soutinrent avec force que si le mot de gérant comprenait, selon l'usage, le simple fondé de pouvoir, c'était une disposition injuste; le commanditaire ne devant être obligé que lorsqu'il avait agi en son nom, pour son compte, et que le créancier avait suivi sa foi.

D'autres tribunaux embrassèrent l'opinion contraire; c'était, à leur sens, déserter le principe et le frapper de stérilité, que de permettre au commanditaire de gérer en vertu d'une procuration, parce que sous quelque nom qu'il traitât, gérant ou fondé de pouvoir, le commanditaire aurait la direction des affaires, et qu'il serait le maître de la société : rien n'étant plus facile que de trouver des gérants obscurs, inconnus, sans solvabilité, disposés à n'accepter la gestion que pour la transmettre au commanditaire, et peu inquiets d'ailleurs de résultats qui ne les pouvaient atteindre que dans leur honneur commercial.

Cette opinion prévalut : la commission ajouta que le commanditaire ne pourrait être employé aux affaires de la société, *même en vertu d'une procuration*.

379. Frémery, dans ses *Etudes sur le droit commercial*, blâme assez vivement cette disposition; c'est, à son avis, bouleverser les règles du droit, que de mettre la législation au service des gens qu'entraîne une folle confiance. Celui qui n'est trompé que par sa faute, n'a, dit-il, rien à demander à la loi. Chacun est tenu de s'éclairer sur ses intérêts, et, avant de traiter, de s'assurer si sa confiance est bien placée.

380. Ces critiques ne nous semblent pas fondées; et nous n'hésitons point à déclarer que si la disposition de l'art. 27 du code de commerce est rigoureuse, elle est pleine de sagesse et de raison. C'est chose facile à dire, que le tiers qui traite avec le représentant d'une société commerciale, peut et doit s'assurer de la qualité de celui-ci; qu'il peut et doit savoir s'il agit pour son compte, ou pour compte d'autrui; qu'il n'est trompé que s'il le veut. Le commerce n'admet pas toutes ces vérifications. Dans la rapidité de ses mouvements, il est toujours disposé à confondre l'apparence et la réalité. Il attribue volontiers les droits et les obligations à celui qui, réunissant dans sa main tous les pouvoirs, a l'entière disposition des facultés sociales. C'est une source perpétuelle, si ce n'est d'abus, au moins d'erreurs, et cela suffisait pour exciter l'attention de la loi. N'y a-t-il pas d'ailleurs quelque difficulté à assimiler un fondé du pouvoir étranger, et ne se rattachant à la gestion que par le sentiment du devoir, au commanditaire qui travaille pour son compte personnel, exploite sa propre chose, et tend à la réalisation de bénéfices qu'il doit recevoir en partie?

Il y a quelque chose de plus décisif. Le privilége du commanditaire, de n'être passible des pertes de la société que jusqu'à concurrence des sommes qu'il y verse, est fondé sur cette considération, que, ne prenant aucune part à la gestion, on ne lui en peut pas imposer les fautes; et que si des revers accablent la société, ils ne sont son œuvre ni de près ni de loin.

La loi ancienne n'avait pas d'autre motif, et c'est pour cela que la cour de cassation, dans ses arrêts de l'an XI et de l'an XIII (*suprà*, n° 376), a décidé que, par un concours actif à la gestion, les commanditaires devaient perdre et leur qualité et les immunités qui l'accompagnent.

Il en est de même sous le nouveau droit. Or, admettez que le commanditaire peut, à l'aide d'une procuration, administrer la société dont il est membre : est-ce que les fautes qui compromettront ou ruineront la société ne seront pas son œuvre? Est-ce qu'il ne pourra pas, selon son caprice, ou les inspirations d'une cupidité malhabile, engager les ressources présentes et futures de l'être collectif? Est-ce qu'il ne sera pas libre de contracter des engagements disproportionnés avec la fortune de la société? Et quand un mal irréparable aura été causé; quand la société aura péri; en présence des ruines qu'il aura faites, il pourra rejeter sur les gérants qui ne l'ont été que de nom, la responsabilité de ses folies; et, s'abritant sous la qualité de commanditaire, échapper à l'obligation de payer les dettes qu'il aura contractées!... Non, ce système n'est pas admissible, il ouvrirait à la fraude une trop large porte. L'effet ne peut être séparé de sa cause. L'immunité du commanditaire tient à la réserve de sa conduite, à l'obligation qu'il s'impose de subir, sans la contrarier, l'action des gérants institués par la convention. Quand donc, sortant de ce rôle passif, il suit et règle l'emploi du capital social, quand il gère, à quelque source qu'il ait puisé son droit, qu'il agisse en son nom, ou comme mandataire, il influe sur les destinées de la société : il doit porter la responsabilité de ses faits. Gérer en vertu d'une procuration n'est pas moins gérer, et la gestion est incompatible avec la condition de l'associé commanditaire (**Add.** Troplong, nos 422, 423).

381. Mais de ce que la gestion est interdite à l'associé commanditaire, il ne faut pas conclure qu'il est réduit au rôle de simple spectateur, et que toute intervention de sa part, en quoi qu'elle consiste, soit une violation de la loi (**Add.** Troplong, n° 424).

382. Quand le commanditaire traite avec le gé-

rant, agissant et stipulant pour la société, sa condition ne diffère point de celle de l'étranger. Quelle raison pourrait empêcher un associé commanditaire de vendre à la société des marchandises ou d'en acheter d'elle, de lui transmettre ou d'en recevoir des effets de commerce? Il ne se présente ni comme associé, ni en vertu des droits que lui confère sa qualité; il agit comme tiers. Or, d'une part, la distinction entre les associés personnellement et la société, l'être moral, autorise les associés à contracter individuellement avec la société; d'autre part, il n'y a pour les tiers aucun inconvénient à ce que les choses se passent de la sorte; car des faits de ce genre ne peuvent pas, en influant sur la marche de la société, diminuer les garanties offertes par elle au public (**Add.** Troplong, nº 434).

383. Un doute pourtant s'était élevé sur cette interprétation de la loi. Des esprits défiants avaient imaginé qu'il fallait élever un mur de séparation entre le commanditaire et la société, et que tout contact entre eux, quelle qu'en fût la cause, compromettait la qualité du commanditaire. Ce doute a été levé par un avis du conseil d'Etat, du 29 avril 1809.

« Le conseil d'Etat, qui, en exécution du renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport de la section de l'intérieur sur celui du ministre de ce département, tendant à faire décider si la défense portée aux art. 27 et 28 du code de commerce, aux associés commanditaires, de faire aucun acte de gestion des affaires de la société en commandite, sous peine d'être obligés solidairement, s'applique aux transactions commerciales réciproques, étrangères à la gestion de la maison commanditée,

« Est d'avis que les art. 27 et 28 du code de commerce ne sont applicables qu'aux actes que les associés commanditaires feraient en représentant comme gérants la maison commanditée, même par procuration, et qu'ils ne s'appliquent pas aux transactions commerciales que la maison commanditée peut faire pour son compte avec le commanditaire, et réciproquement le commanditaire avec la maison commanditée, comme avec toute autre maison de commerce. »

384. Toutes les fois que la question s'est présentée depuis devant les tribunaux, elle a été résolue dans ce sens; nous nous bornerons à citer l'arrêt suivant de la cour de Bordeaux, parce qu'il nous paraît fixer avec netteté les règles applicables au commanditaire, dans ses divers rapports avec la société :

La cour, « attendu que de l'enquête à laquelle il a été procédé à l'audience du 13 mars dernier, et de la comparution personnelle des parties, il résulte que Deluze et Dumas avaient, durant la société Champès, exercé quelques actes de surveillance sur l'administration de ce dernier;

« Qu'ils avaient essayé d'en prévenir les funestes effets, à l'aide de diverses instructions, par l'emploi des mesures qu'une prudence plus ou moins active, plus ou moins vigilante, avait dictées : mais qu'en cela, ils n'ont pas excédé ce que l'acte social autorisait, ce qui était permis à des commanditaires;

« Attendu que l'examen des livres et des papiers dépendant de la faillite Champès, a montré que, pendant la société, des négociations ont eu lieu entre lui, d'une part, et Deluze et Dumas de l'autre; qu'elles n'étaient point prohibées; qu'en ce qui intéressait uniquement leur maison, Deluze et Dumas ont été libres de traiter avec Champès, comme ils auraient pu traiter avec d'autres négociants, proposer ou accepter, consommer un certain nombre d'opérations commerciales pour leur propre compte;

« Attendu qu'aucun des faits qui ont été invoqués contre Deluze et Dumas ne les a constitués associés gérants; qu'il ne paraît pas même que cette qualité essentielle leur ait jamais été attribuée ou donnée par ceux envers lesquels Champès a contracté des engagements;

« Faisant droit sur l'appel que Deluze et Dumas ont interjeté, met l'appel et ce dont est appel au néant; émendant, décharge Deluze et Dumas de toute condamnation, etc. » (16 avril 1832; Dalloz, XXXIX, 2, 259.)

Telle est donc la règle à suivre : entre le commanditaire agissant comme tiers et la société, toute transaction commerciale est légitime. Les individualités ne se confondent pas. Le commanditaire ne gère point en vendant des marchandises à la société; il ne gérerait pas même en vendant pour son compte, à titre de commissionnaire, les marchandises dont elle fait l'objet de son commerce.

385. Mais quand les rapports du commanditaire avec le gérant dérivent de sa qualité d'associé, la règle est plus difficile à poser; car il faut concilier avec l'indépendance nécessaire au gérant la faculté pour le commanditaire de surveiller la gestion et de conserver ses droits. La commandite n'offrirait pas de sécurité, elle ne serait pas praticable, si, dès le moment où ses fonds sont versés dans une société de ce genre, l'associé était réduit à la plus complète inaction; s'il lui était interdit de rechercher quel usage le gérant fait de ses pouvoirs, et tout en restant en dehors de l'administration, d'en signaler et d'en empêcher les abus.

A toute époque donc, on a senti la nécessité d'une intervention de ce genre; mais, à toute époque aussi, on a compris qu'il fallait combiner les choses de façon à ce que le gérant ne fût pas gêné dans ses mouvements, et que, sous prétexte de surveillance, les associés commanditaires n'attirassent point à eux, en réalité, le pouvoir. Le capitaliste qui donne son argent, se laisse facilement aller à la défiance; il ne croit jamais prendre assez de précautions; tandis que le gérant, avide de liberté, s'insurge contre les moindres gênes, et les signale comme une usurpation détournée des droits que la loi remet en sa main : le difficile est de préciser où commencent et où s'arrêtent les droits de chacun.

Que le commanditaire puisse inspecter les écritures et suivre, dans les éléments de la comptabilité sociale, la trace des opérations, personne n'y contredit; ceux qui l'ont nié dans l'origine, et quand on avait mal défini le cercle où se meuvent les intérêts divers du gérant et des actionnaires, reconnaissent aujourd'hui en faveur du commanditaire ce droit essentiel, inhérent à sa qualité, qu'il peut même exercer sans stipulation. Ne faut-il pas qu'il s'éclaire sur les faits du gérant, afin de pouvoir, si la gestion est frauduleuse, provoquer la dissolution de la société; si des erreurs sont commises, en demander la réparation? L'inspection des livres est un acte intérieur, intime, qui ne gêne et ne diminue en rien l'action du gérant, qui ne peut, en façon quelconque, mettre le commanditaire en présence des tiers.

Ce point de doctrine est aujourd'hui fixé par la jurisprudence; il n'y a plus de contradiction (**Add.** Troplong, nos 427, 428).

386. Mais si le commanditaire a la faculté de contrôler les écritures sociales, ne serait-il pas contraire à la réserve que sa position lui commande, qu'il assistât aux assemblées où se discutent les affaires de la société, et qu'il prît une part active aux délibérations?

La cour de cassation avait, comme on l'a vu précédemment, exprimé le désir qu'il en fût ainsi. Le tri-

bunal, au contraire, déclara qu'un des droits de l'associé commanditaire était de participer aux délibérations générales de la société, et dont le but est d'en approuver les opérations ou d'en autoriser les engagements. Cette opinion a prévalu : les auteurs et les arrêts ont décidé qu'en concourant aux délibérations, le commanditaire ne compromettait pas sa qualité.

Il en est une raison fort simple : une délibération, quelque solennelle qu'on la suppose, quel qu'en soit le résultat, ne forme pas de lien, pas même de point de contact, entre les commanditaires et les tiers ; tout se passe du gérant aux commanditaires, et se concentre entre eux, à ce point que si, méprisant la délibération, le gérant fait ce qu'on lui interdit de faire, s'il achète, s'il vend, s'il négocie, s'il contracte des engagements, contre le vœu, très-nettement exprimé, des associés commanditaires, ces actes sont obligatoires : il suffit qu'ils rentrent dans les prévisions du contrat, et n'excèdent point la capacité du gérant, telle que les statuts la déterminent. Les tiers, qui ne peuvent connaître que la convention sociale, sont autorisés à traiter avec le gérant dans les limites de ses pouvoirs, et les engagements contractés envers eux sont valables; les délibérations non publiques ne leur sont jamais opposables.

Comment donc alors, pour avoir pris des délibérations qui laissent entière l'action du gérant, les commanditaires encourraient-ils la solidarité? Pourquoi voir un acte de gestion dans une formule ignorée des tiers, inefficace dès qu'il plaît au gérant, qui n'enlève rien aux créanciers, ne les met point en présence des associés commanditaires, et qui ne peut, conséquemment, leur inspirer l'opinion que, désertant le privilége de leur position, ils livrent au hasard des spéculations commerciales leur fortune et leur liberté? (**Add.** Troplong, no 425.)

387. La règle ne fléchirait pas, même dans le cas où les délibérations auraient pour objet de modifier le statut social, d'étendre ou de restreindre les opérations de la société. La cour de Paris l'a ainsi décidé par deux arrêts (Dalloz, XXVIII, 2, 240), dont la rédaction, d'ailleurs insignifiante, ne jette sur la question aucune lumière.

Dans le premier, du 23 juillet 1828, la cour déclare : « Que les faits reprochés à l'associé contre lequel une condamnation solidaire était demandée, ne prouvent pas qu'il ait agi activement pour le compte de la société, et qu'il ait perdu par là sa qualité de commanditaire; »

Dans le second, du 16 novembre 1841 : « Que les commanditaires n'ont fait qu'user des droits que la convention sociale leur confère. » C'est la question par la question. Mais en y réfléchissant, on trouve à l'appui de cette solution les plus graves considérations (**Add.** Troplong, no 426).

388. Une délibération est en soi un acte d'intérieur et de famille; tout se passe entre le gérant et les commanditaires; et si le gérant est obligé de suivre la volonté des actionnaires, il n'a pas moins, envers les tiers, la plénitude de son action. Que le cercle des opérations s'agrandisse ou se resserre, et qu'ainsi le gérant ait plus ou moins de pouvoir; que les statuts soient modifiés, et avec les statuts les droits primitifs du gérant; tant qu'il conserve son libre arbitre, et que, dans la limite de ses nouveaux pouvoirs, il agit en pleine liberté; tant que, seul et selon sa volonté, il traite avec les tiers, vend, échange, achète, négocie, les tiers n'ont aucune raison de reporter aux commanditaires la responsabilité des engagements contractés par le gérant. Les effets de la gestion ne sont pas subordonnés aux changements introduits par les associés dans leurs rapports mutuels, mais à la participation aux actes faits avec les tiers; et très-assurément, on ne peut qualifier de ce nom la délibération qui, selon les circonstances, a élargi, restreint, modifié les pouvoirs du gérant.

Une délibération dont le résultat influe sur le statut, ou sur les opérations de la société, qui ajoute une industrie nouvelle, un commerce nouveau à l'industrie, dont l'exploitation a fait, dans l'origine, la matière des conventions, doit, à peine de nullité, être rendue publique ; elle n'est obligatoire qu'à cette condition, voilà ce qu'il ne faut pas perdre de vue. Or, quand cette formalité a été remplie, quel dommage les tiers peuvent-ils éprouver? Si leurs titres sont antérieurs à la délibération, elle ne les touche pas. La plénitude de leurs actions est réservée contre les gérants avec lesquels ils ont traité.

Si, au contraire, la souscription des titres a suivi la délibération, comment les tiers, qui n'ont connu que le gérant, se plaindraient-ils d'avoir pour unique garantie la solvabilité de celui-ci? Est-ce qu'en traitant ils ont pu avoir l'opinion que la fortune des commanditaires leur serait affectée?

Délibérer sur des faits qui touchent à l'avenir de la société, ce n'est pas gérer. On gère, quand on se met en rapport avec les tiers, quand on vend ou quand on achète des marchandises, quand on aliène le fonds social, quand on emprunte, quand on transige; on ne gère pas, quand dans l'intérieur de la société, et pour assurer le succès de ses opérations futures, on concourt à la modification des statuts.

389. Cependant une distinction est nécessaire. Quand la délibération n'est, à proprement parler, qu'un vœu dont le gérant reste arbitre, parce qu'il puise dans les statuts sociaux le pouvoir de faire tout ce que comporte l'exploitation sociale, et que les actes les plus contraires à la volonté manifestée par les commanditaires, engagent la société; il est tout simple que les tiers, quand le fonds social est épuisé, n'aient pas le droit de s'attaquer aux commanditaires sous prétexte qu'ils sont entrés dans la gestion; car après comme avant la délibération le gérant était libre de ses mouvements; aucun obstacle légal ne gênait son action : lui seul est donc responsable des engagements qu'il a créés.

De même, quand la délibération rendue publique est obligatoire pour le gérant, si les changements faits aux statuts ne gênant pas son action; si le cercle en a été simplement resserré; ou si son pouvoir s'est étendu à des faits non prévus originairement; ou si encore une faculté qui lui appartenait primitivement, la faculté d'emprunter, par exemple, a été soumise à des restrictions, les commanditaires sont inviolables. Ce n'est point participer à la gestion, que d'en régler les conditions.

Mais si, par la combinaison des statuts de la société, les commanditaires se sont en effet réservé la gestion ; s'il a été stipulé que des délibérations successives régleraient les opérations, et que le gérant, tenu de s'y soumettre, ne soit plus qu'un instrument dans la main des commanditaires, sans volonté personnelle, sans pouvoir, agent obligé d'une exploitation dont la direction est ailleurs; contraint, comme un simple commis, de subir l'impulsion et d'accomplir les ordres de ses maîtres; assurément, les commanditaires ne pourraient pas échapper à la solidarité, sur le motif que des délibérations ne forment de lien qu'entre les associés entre eux.

C'est qu'en effet, en pareil cas, la gestion réside dans les commanditaires; ce sont eux qui ordonnent; et comment alors, si les affaires de la société tombent en ruine, la responsabilité se restreindra-t-elle

au gérant, victime, avec les tiers, de combinaisons que l'acte de société même le contraignait d'exécuter? Elle remonte aux commanditaires, source et cause de tout le mal. Où le bras a failli, on en punit la tête. Admettre une autre solution, serait autoriser et ramener les scandales qui, sous l'ordonnance de 1673, déshonoraient la commandite.

390. La cour de Paris a, par arrêt du 28 juin 1830, consacré nettement cette distinction. Dans l'espèce du procès, le gérant institué par le contrat ne pouvait, sans autorisation spéciale, contracter aucun engagement. Des délibérations réglaient tous ses mouvements; il n'avait pas de libre arbitre. La cour déclara que les commanditaires, auteurs des délibérations, étaient les gérants véritables, le gérant n'étant pas celui qui fait matériellement, mais celui qui ordonne; et, en conséquence, la solidarité fut prononcée contre eux (**Add.** Troplong, n° 429).

391. Résumons ce qui précède :

1° Si le commanditaire se met en présence des tiers, s'il traite avec eux, quelque qualité qu'il revête, il est obligé solidairement. Il ne peut, même en vertu d'une procuration, concourir à la gestion de la société, sans perdre les avantages de la commandite.

2° Le commanditaire a le droit d'inspecter les livres, de contrôler les écritures, et d'exercer sur les actes du gérant une surveillance assidue.

3° Il a le droit de concourir aux délibérations, alors même qu'elles ont pour but d'approuver les opérations ou d'autoriser les engagements de la société. « Ce qui, dit avec justesse Pardessus, doit distinguer « ce cas de celui d'un concours à l'administration, « qui est la seule chose interdite, c'est que les délibé- « rations ne forment de lien *qu'entre la commandité « et le commanditaire, qu'elles n'empêchent pas le « commandité d'agir avec les tiers* et d'une manière « opposée à ces délibérations, et d'obliger valable- « ment la société; qu'un commanditaire ne serait pas « recevable à attaquer les conventions du comman- « dité avec des tiers sur le fondement qu'elles se- « raient contraires aux délibérations antérieures, sauf « son action en dommages-intérêts contre son as- « socié. »

4° Si de l'ensemble des stipulations sociales il résulte que le gérant, dépouillé de toute puissance, est enchaîné par la délibération des commanditaires, et qu'il exécute, non ses volontés, mais les leurs, la forme ne sauve pas le fond; les commanditaires qui ont ainsi réglé la gestion sont indéfiniment responsables des dettes sociales.

Cette interprétation de l'art. 27 du code de commerce, adoptée par tous les auteurs, concilie les intérêts divers en laissant au gérant assez d'espace pour se mouvoir, aux commanditaires le moyen d'empêcher les dilapidations, aux tiers une ressource contre les erreurs où les entraînerait l'apparence. Il n'y a rien d'ailleurs de plus simple et d'une application plus facile que les règles que nous avons posées.

392. Comment donc se fait-il que les arrêts offrent tant de contrariétés? que les mêmes faits aient reçu, selon les lieux et les temps, une solution différente? que des actes de gestion évidents soient demeurés impunis? que la jurisprudence dont la mission habituelle est de fixer les doutes, n'ait produit qu'incertitude et embarras, offrant aux opinions les plus directement opposées des armes de valeur à peu près égale? C'est que l'application de la loi a varié selon l'inclination des tribunaux chargés de prononcer; et, il faut le dire, en général, les commanditaires en faute ont été préférés aux créanciers. Le juge s'est effrayé des conséquences que pouvaient entraîner des actes souvent faits de la meilleure foi du monde, et alors on a dénaturé ces actes, et les faits ont été travestis pour éluder la loi. Les cours royales ont semblé ne pas comprendre que c'est surtout dans ce cas que la rigueur est nécessaire, parce que, dans l'intérêt du commerce et de l'industrie, il ne faut pas souffrir que la foi des tiers soit trompée.

393. Ainsi, la cour de Rennes a décidé, le 22 mars 1832, que des commanditaires auxquels on imputait 1° d'avoir remplacé le gérant de la société, sans donner à la délibération qui consacrait ce fait la publicité réclamée par la loi commerciale; 2° d'avoir autorisé le nouveau gérant à émettre des actions, en le dégageant de toute responsabilité, si le placement ne se faisait point au-dessous d'un certain taux; 3° d'avoir adjoint l'un d'entre eux à ce gérant pour la négociation des actions, n'avaient point encouru la solidarité :

« Considérant que les actionnaires de la société des mines de Jooffroi n'avaient pris que la qualité de commanditaires dans l'acte intervenu entre eux et Béquet, associé responsable;

« Qu'on ne peut supposer, sans preuve, qu'après la retraite de Béquet les actionnaires aient voulu changer la nature de leur société et se donner à Volmar que les pouvoirs d'un mandataire; que celui-ci a été nommé gérant à la place de Béquet, en vertu d'une clause de l'acte de société, qui prévoyait la possibilité de ce changement;

« Que si cette nomination n'a pas été faite dans l'assemblée générale des actionnaires, cette contravention à l'une des clauses de l'acte social n'a pu porter préjudice aux créanciers;

« Que les actionnaires, en acceptant la démission de Béquet, en désignant Volmar pour son successeur, en l'autorisant à négocier de nouvelles actions avec dispense de responsabilité, en donnant à l'un d'eux procuration de suivre, conjointement avec le gérant, la négociation des actions; le sieur de Menuy lui-même, en acceptant ce mandat, n'ont fait que ce qu'ils avaient droit de faire, d'après la nature même de la commandite. » (Dalloz, XXXV, 1, 358.)

Cet arrêt, déféré à la cour de cassation, a échappé à la censure, et c'était une nécessité. La cour de cassation a dû subir les appréciations émanées de la cour royale. Que pouvait-elle, quand, par des déclarations expresses, la cour de Rennes avait dénié aux faits le caractère de faits de gestion?

Mais une telle décision n'est-elle pas réellement une audacieuse violation de la loi? Si la gestion consiste, comme on n'essaye pas de le nier, à disposer de l'actif social, à le transformer dans l'intérêt de la société, comment les commanditaires ne gèreraient-ils point, quand ils autorisent l'émission d'actions, quand ils en déterminent le prix, quand ils décident qu'on les pourra vendre au-dessous du prix nominal, quand enfin ils préposent l'un d'eux à la vente de ces actions? Est-ce que, après avoir résolu qu'une portion du fonds capital serait réalisée, ils ne se sont pas mis en rapport avec les tiers pour atteindre ce but? Est-ce que ce n'est pas d'eux en réalité que le public devait tenir les titres, puisqu'un commissaire adjoint au gérant devait, de concert avec lui, en opérer la transmission.

Quand une question de ce genre vient à s'élever, la meilleure manière de résoudre le doute, c'est de comparer ce qu'a fait le commanditaire avec ce qu'on pareil cas aurait fait le gérant; et si, de cette comparaison, il résulte que le commanditaire n'a eu d'autre influence que celle du conseil, et qu'en réalité c'est le gérant qui a disposé, acheté, vendu, négocié, le commanditaire est à l'abri de toute action, sa position

demeure intacte. Mais s'il est démentré qu'il a fait tout ce qu'aurait fait le gérant lui-même, qu'il en a pris la place et exercé les droits, quelle que soit la rigueur de la condamnation, il la faut prononcer. Or, ce que, dans l'espèce du procès, ont osé les commanditaires, n'était-il pas dans la fonction exclusive du gérant? Un autre que le gérant peut-il émettre des actions, en déterminer le prix, décider qu'en raison des circonstances qui pèsent sur la société, elles seront vendues au-dessous du prix de création? N'est-ce donc pas, au premier chef, un acte de disposition, un acte de gestion?

Il est sans doute fâcheux que des commanditaires qui, sans intérêt personnel, prennent des mesures jugées utiles pour soutenir, et, s'il se peut, sauver la société, soient victimes de leur dévouement, et que leur fortune entière soit affectée aux suites d'une imprudence; mais qu'y faire? La loi s'est nettement expliquée; elle condamne le commanditaire à un rôle passif, et s'il en sort, elle lui inflige la solidarité; elle ne veut pas qu'on tienne compte des intentions, mais des faits, parce que les tiers ne peuvent connaître que les faits. Tout se réduit à savoir si l'on a géré; et comment, encore une fois, n'y aurait-il pas acte de gestion, quand il y a eu disposition du capital social? quand, non content de le diminuer, on l'a vendu directement aux tiers?

Un arrêt de ce genre est la pire chose qui se puisse imaginer, car il tend à fausser les idées, à inspirer aux commanditaires une opinion de leurs droits entièrement contraire à la loi; car il laisse flotter au hasard la ligne de séparation entre le gérant et l'actionnaire.

394. Voici un autre exemple de cette tendance fâcheuse de la jurisprudence. Dans le cours de 1839, des commanditaires sont poursuivis devant le tribunal de commerce de Paris, comme associés collectifs et solidaires. Ils avaient signé, conjointement avec le gérant, des marchés de travaux. Le tribunal prononça la condamnation. Le 3 août 1839, la cour de Paris (troisième chambre) infirme le jugement :

« Attendu que, dans les divers actes reprochés aux appelants, ils ont toujours agi en leur qualité de commissaires surveillants; qu'ils ne se sont pas immiscés dans la gestion de la société, mais se sont bornés à exposer leur avis sur les opérations qui leur étaient soumises, lequel avis, purement consultatif, n'a pu gêner ni entraver le gérant dans l'exercice de ses fonctions. »

Les expressions manquent pour caractériser une telle décision. Est-il en effet un esprit honnête, si facile qu'il soit, qui ne s'indigne de l'interprétation donnée aux faits signalés par les créanciers? Est-il concevable que des signatures apposées aux marchés faits avec des ouvriers aient été considérées comme *un avis purement consultatif?* Mais voilà les résultats de l'équité telle que la conçoivent les tribunaux! on dissimule les faits ou on les dénature, on foule aux pieds la vérité! Tout est sacrifié au désir de sauver l'imprudent qui s'est compromis.

395. La même cour (deuxième chambre) a, par arrêt du 20 mars 1840, fait une plus sage application de la loi. Il s'agissait d'une société en commandite, organisée pour la publication d'un journal quotidien. Un conseil de surveillance avait été formé, et d'après les statuts il avait le droit d'exercer un contrôle général sur l'administration, de surveiller les opérations, de prendre connaissance des marchés et traités conclus par le gérant, de modifier suivant les circonstances le chiffre des frais de matériel et de rédaction, de rechercher, de concert avec le gérant, les moyens les plus propres à faire prospérer l'entreprise; enfin, de donner des avis motivés sur toutes les questions qui se rattacheraient à la spécialité du journal.

Ces pouvoirs se conciliaient peu avec la qualité de commanditaire. Le conseil de surveillance les étendit encore dans leur application, soit en arrêtant les dépenses annuelles, soit en refusant son approbation à des traités émanés du gérant, soit enfin en acceptant la démission de ce gérant, et en lui donnant un successeur auquel un nombre déterminé d'actions était abandonné à 30 p. 100 de leur valeur.

Attaqués après la faillite par les créanciers de la société, les membres du conseil de surveillance soutinrent qu'ils n'étaient pas sortis de leur rôle; qu'ils s'étaient bornés à surveiller; que le gérant avait eu la plus entière liberté d'action; qu'ils ne devaient rien aux tiers, avec lesquels, en aucun temps, ils n'avaient eu de relations directes.

Mais la cour les déclara solidairement responsables :

« Attendu que, dans une société en commandite par actions, le mandat donné par l'assemblée générale des actionnaires, aux membres d'un conseil de surveillance, ne peut être assimilé à celui donné à des administrateurs d'une société anonyme;

« Que la loi distingue ces deux espèces de société, et qu'en admettant qu'il y a utilité dans l'intérêt des actionnaires et des tiers, d'instituer dans toute société en commandite par actions une surveillance, cela ne peut détruire le principe posé dans les articles 27 et 28 du code de commerce, à l'égard des commanditaires;

« Que le mandat de surveillance ne peut aller jusqu'à étendre ou restreindre l'action du gérant responsable; que si on admettait une communauté d'administration, il faudrait alors l'étendre dans toute l'acception du mot, et la conséquence serait aussi d'offrir aux tiers toutes les garanties que doit présenter une surveillance active, et spécialement de ne pas laisser contracter des engagements à la société, au delà de ses moyens;

« Que, dans l'espèce, le conseil de surveillance avait pris une part active à la direction du journal; que les pouvoirs qui lui étaient attribués par l'acte de société le plaçaient sur la même ligne que les gérants, notamment en ce qu'ils lui conféraient le droit de modifier le chiffre des frais de matériel, et d'imprimer à la direction une marche dont elle ne pourrait s'écarter;

« Que les délibérations prises par le conseil de surveillance, établissaient la preuve de la part active qu'il avait prise dans la gestion, soit qu'il eût approuvé, soit qu'il eût rejeté, soit qu'il eût autorisé à faire ce qui était plus ou moins convenable aux intérêts de la société;

« Que la direction avait été changée de l'avis et du consentement du conseil de surveillance, sans qu'il y eût dissolution de société ou liquidation du passif; qu'on avait consenti au nouveau gérant la cession d'actions à moitié prix de leur valeur primitive; que le conseil de surveillance n'ignorait pas la position de la société, et qu'il était alors de son devoir d'en provoquer la dissolution, et de ne pas laisser compromettre l'intérêt des tiers. »

Cet arrêt est juste. Il donne aux vrais principes une sanction salutaire : nous avons déjà dit, et nous répétons, que pour soustraire le commanditaire à la solidarité, il ne suffit pas de prouver qu'il n'a jamais traité directement avec les tiers. Si les statuts remettent le pouvoir dans ses mains, et que le gérant ne soit qu'un docile instrument de ses volontés, la responsabilité doit remonter jusqu'à lui; car il a géré réellement. La gestion consiste moins dans l'exécu-

Une seule exception pourrait être faite pour le cas où la mise consisterait en un secret d'art ou de chimie; par exemple, dans un procédé particulier de teinture. On ne pourrait pas dire que le commanditaire occupé de la préparation des couleurs ferait acte de gestion. L'application d'un procédé scientifique qui ne met point en rapport avec les tiers, ne peut avoir ce caractère.

401. § 3. De tout ce qui précède, il résulte que l'immixtion du commanditaire dans la gestion est une fraude, une infraction à la loi. Les tiers sont donc fondés, si le fait est vrai, à le prouver par témoins. Lorsque la loi fut discutée au conseil d'État, un amendement avait été présenté, portant : « Que, dans « le cas où un associé, primitivement en commandite, « se serait immiscé dans la gestion des affaires so- « ciales, la preuve même testimoniale d'un tel fait « serait admissible, selon les circonstances. » L'amendement fut rejeté comme inutile. Il est évident, en effet, qu'enlever aux créanciers la ressource de la preuve testimoniale, c'est les réduire à l'impossible, dans la plupart des cas. Le commanditaire qui viole la loi, doit surtout s'efforcer d'effacer la trace de faits et d'actes compromettants pour sa fortune (**Add.** Troplong, n° 437).

Art. 28. En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et les engagements de la société.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 17. *En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé solidairement, avec les associés ordinaires, pour toutes les dettes de la société* (a).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 26. Conf. à l'art. précédent, sauf qu'on y disait : « *Est obligé solidairement avec les* autres associés... » (b).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE CASSATION ET D'APPEL.

Trib. de cassation. — Art. 18. On propose d'ajouter à la fin de l'article : *même antérieures à la contravention.*

Trib. de Paris. — Voy. sous l'art. 23.

Trib. d'Orléans. — Art. 17 et 18. Quel est le motif de cette prohibition et de la peine qui y est attachée, si le commanditaire ne gère pas comme associé, mais comme simple mandataire? Pourquoi, par exemple, un ancien commis ne pourrait-il pas placer ses fonds d'épargne en commandite dans la société, et continuer à gérer pour elle sans devenir associé ordinaire, et comme tel coobligé à toutes les dettes de la société?

Sans doute les rédacteurs ont supposé que le commanditaire agissait comme associé gérant; mais ce mot *gérant* seul ne présente pas cette idée; on peut dire même qu'en droit il en présente une toute contraire. Le *negotiorum gestor* est celui qui, sans mandat, par pure bienveillance, gère les affaires d'un tiers.

Trib. de Douai. — Art. 17. L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société.

La peine de la contravention (art. 18) est que le commanditaire devient obligé solidairement pour toutes les dettes de la société. Cette double disposition est tellement étendue, qu'elle empêche le commanditaire d'accepter de la société, ou d'un ou plusieurs associés, non seulement un mandat général, mais même le mandat le plus spécial et le plus limité; et on ne voit aucune raison, aucune sorte d'intérêt, qui puisse motiver cette prohibition; il serait peut-être mieux de réduire l'article aux termes suivants :

« L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant en son nom... On ne peut, sans un mandat spécial, concourir aux achats, etc. »

Trib. d'Aix. — Art. 18. L'art. 16 établit avec raison que le nom de l'associé commanditaire ne peut faire partie du nom social; mais il ne détermine rien pour le fait de contravention.

L'art. 18 prévoit l'infraction de la défense au commanditaire, de concourir comme gérant aux achats, etc. Et il le punit par la responsabilité solidaire.

Il paraît juste d'infliger la même peine à celui qui a souffert que son nom figurât dans le nom social.

Il suffirait de dire dans l'art. 18 : « En cas de contravention aux deux articles précédents. »

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

Trib. de Rouen. — Art. 17 et 18. Ces deux articles peuvent également se réunir.

L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société.

En cas de contravention à la présente prohibition, l'associé commanditaire est obligé solidairement avec les associés ordinaires, pour toutes les dettes de la société.

Hors les cas ci-dessus exprimés dans les articles 17 et 18 réunis, l'impassibilité du commanditaire à l'égard des dettes de la société, réduit la perte qui le concerne au montant de son fonds capital. Mais le commanditaire est-il justement quitte et libre envers les créanciers de la société, lorsque les affaires sociales présentent de la perte dans les dernières années?

Les bénéfices des années précédentes ont produit ou rendu, par les répartitions annuelles, des sommes égales ou excédant la première mise, ou qui peuvent compenser le tout ou partie des pertes.

Toute loi qui ne donne pas réciprocité de droits dans les conventions, égalité de profits et de charges, s'éloigne du vrai principe de la législation.

Aucune disposition, même sous-entendue, ne doit donc autoriser le commanditaire à retenir le produit des bénéfices, sans pouvoir être appelé à contribution pour les pertes, et seulement jusqu'à concurrence de ce qu'il aura retiré.

Cela est d'autant plus vrai, qu'il n'y a effectivement perte ou bénéfice dans une société, qu'en balançant tous les résultats particuliers de chaque année, pour trouver le résultat unique et véritable de toute la durée de l'association.

Ce n'est donc qu'après liquidation finale que le commanditaire doit faire chose sienne des sommes qui lui sont rentrées et que la propriété lui en est réellement acquise, quoiqu'il les ait de bonne foi possédées.

Nous pensons qu'une disposition précise du code devrait interdire aux associés commanditaires, non-seulement de retirer tout ou partie de leur mise capitale avant l'expiration de la société, mais les obliger encore à laisser en masse dans la société les bénéfices, pour parer aux pertes le cas échéant; sauf, néanmoins, le prélèvement de l'intérêt de leurs capitaux.

Trib. de Lyon. — Voy. art. 27.

devant la cour de Paris. Un commanditaire obligé de payer au delà de sa mise, parce qu'il avait fait acte de gestion, exerçait contre le gérant une action en répétition; sa demande fut rejetée :

« En fait, parce qu'il avait traité avec les tiers, en l'absence et sans le consentement du gérant; fixé le prix des constructions à faire, réglé des devis, dirigé des travaux;

« En droit, parce qu'aux termes de l'art. 27 du code de commerce, l'associé commanditaire ne peut faire aucun acte de gestion ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration; qu'aux termes de l'art. 28 du même code, l'associé commanditaire, en cas de contravention à la prohibition mentionnée en l'art. 27, est obligé, solidairement avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société (Dalloz, XXXVI, 2, 4).

Cet arrêt, examiné de près, est plutôt une appréciation de fait qu'une application rigoureuse du droit. Ce n'est pas seulement, en effet, parce que le commanditaire avait pris part à la gestion que la cour royale de Paris lui refuse un recours contre le gérant; c'est encore parce que, *en l'absence et sans le consentement du gérant*, il avait fait avec les tiers des marchés que le gérant seul pouvait faire. C'est la raison de décider, raison péremptoire assurément. Combien n'aurait-il pas été injuste d'imposer au gérant le fardeau d'obligations qu'il n'avait ni contractées, ni autorisé à contracter.

La question n'est donc pas nettement jugée, et ce qu'il faut savoir, c'est si, dans tous les cas, et par cela seul que le commanditaire a fait acte de gestion, il perd sa qualité vis-à-vis du gérant, s'il doit, avec lui et comme lui, contribuer au payement des dettes sociales.

416. En principe, les conventions se forment, se modifient, ou se brisent par la volonté des parties; il n'y a d'exception que pour les contrats solennels, assujettis à des formes spéciales, et qui ne peuvent impunément être omises. Dans tous les autres cas, la volonté des parties, de quelque manière qu'elle soit exprimée, par des actes ou par des faits, influe sur les conditions, les effets et la durée de la convention. Les parties peuvent déroger par leur conduite aux stipulations qui les lient; les tribunaux ne jugent-ils pas tous les jours que les faits doivent l'emporter sur les stipulations? *Plus valet quod actum quòm quod scriptum concipitur.*

417. Or, le contrat de société n'est pas un contrat solennel; c'est, entre les parties, un contrat purement consensuel, et qui peut être modifié dans son exécution. Si donc il résulte des inventaires, de la comptabilité, des livres, de toute l'exécution enfin, qu'on a fait à l'un des associés, ou qu'il s'est fait une position différente de celle qui dérivait des actes; la dérogation au statut social se suppose naturellement. Or, quelle plus grave et plus sérieuse dérogation à la qualité de commanditaire que la participation à la gestion? La présomption nécessaire n'est-elle pas que le commanditaire qui gère a renoncé à sa position? Gestion et commandite sont des choses incompatibles; car la gestion est directement et à tous égards contraire à la qualité de commanditaire : c'est la plus énergique renonciation qui puisse avoir lieu, et la renonciation, en général, n'est pas divisible dans ses effets. Le commanditaire qui abdique sa qualité semble donc l'abdiquer envers et contre tous; il n'est pas plus commanditaire désormais envers le gérant qu'envers les tiers : c'est, à l'égard des uns comme des autres, un associé collectif.

Comment admettre que, lorsque, lassé de son inaction, le commanditaire prend un rôle actif, il en sépare les chances fâcheuses et n'accepte pas les dangers de sa nouvelle position? Comment supposer que, de son côté, le gérant se dépouille de son pouvoir sans compensation, et remet au commanditaire la faculté illimitée de l'engager et de le ruiner?

Soit donc qu'on s'attache aux conséquences légales de la qualité qui se substitue à la qualité de commanditaire, soit qu'on recherche la volonté des parties, il semble qu'il n'y a de conclusion possible que celle admise par la cour de Paris.

418. Ce système pourtant serait trop absolu; s'il peut arriver que le commanditaire, méprisant les droits du gérant, attire à lui le pouvoir et en abuse, il peut arriver aussi que ce qui a compromis sa responsabilité envers les tiers, n'ait eu lieu que de l'assentiment du gérant, à son instigation peut-être.

Il faut distinguer dès lors : si le commanditaire a contracté des engagements sans le consentement du gérant, et qu'il ait de son chef grevé la société d'obligations plus ou moins onéreuses, il faudra juger comme si, dès l'origine, il avait pris le titre d'associé collectif, et, avec ce titre, tous les engagements qu'il comporte.

Il en serait de même, si les tribunaux déclaraient que, nonobstant la qualification des actes, les stipulations confèrent en réalité la gestion au commanditaire; il ne saurait trouver, dans une simulation qui lui est imputable, un moyen d'alléger ses obligations.

Mais si le commanditaire n'a rien fait que de l'aveu du gérant, qu'il ait été son instrument, et ne lui ait causé aucun préjudice, on ne violerait pas la loi, en décidant que, par son immixtion dans la gestion, il n'a pas, envers le gérant, perdu l'avantage de sa position, et qu'il peut répéter contre lui ce qu'il a payé au delà de sa mise.

C'est aux juges d'apprécier les circonstances. Ainsi, qu'un arrêt condamne le commanditaire à payer sa part des dettes sociales, parce qu'il a voulu abandonner sa qualité primitive pour devenir associé collectif: cette décision échappera à la censure; car ce sera une conséquence rigoureuse d'un fait dont le contrôle échappe à la cour de cassation. Il en serait de même, si tout en constatant l'immixtion du commanditaire, l'arrêt déclarait que les actes d'immixtion qui lui sont reprochés, ayant eu lieu de l'assentiment du gérant, n'ont pu, quant à celui-ci, engager le commanditaire au delà de sa mise. Les circonstances peuvent modifier à l'infini l'aspect et la portée d'actes de cette nature.

Ce sont là, nous le répétons, des appréciations de fait bien plus que des questions de droit; mais dans le doute, la solution doit être contraire à l'associé commanditaire. Cette rigueur apparente n'est au surplus que de la justice; pourquoi, en effet, aurait-il changé sa condition, si, dans sa pensée, les avantages probables de l'immixtion n'en avaient pas dépassé les périls? Qu'il subisse donc, et dans toute leur étendue, les chances auxquelles il s'est soumis : il est devenu associé collectif; il doit, à ce titre, contribuer pour sa part au payement des dettes sociales, sans aucune répétition possible contre ses coassociés.

§ III. — SOCIÉTÉ ANONYME.

Art. 29. La société anonyme n'existe point sous un nom social; elle n'est désignée par le nom d'aucun des associés (*c*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 20. *La société par actions est anonyme...* (*a*).

PROJET REVISÉ. — Art. 20. Le mot *anonyme* disparaît et l'on dit : « *La société par actions n'est connue, etc.* (*b*). »

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 27. Conf. à l'art. 29 du code.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE METZ. — Art. 20. La première disposition de cet article déclare la société par actions anonyme.

Outre les sociétés par actions qui sont anonymes, il y en a sous des noms collectifs, ce qui exige le changement de rédaction de cet article, de manière à prévoir l'un et l'autre cas.

On propose en conséquence la rédaction suivante des deux premières dispositions de l'article en une :

« La société par actions est anonyme, si elle n'est connue que par une qualification relative à son objet. »

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE LYON. — Art. 20, rectifié. La société par actions est anonyme, lorsqu'elle n'est connue que par une qualification relative à son objet.

Son capital se forme par un nombre déterminé d'actions.

Elle est régie par des administrateurs qui sont actionnaires ou salariés.

Les actionnaires ne sont tenus que de la perte du montant de leurs actions.

Elle ne peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement.

Toutes autres sociétés par actions régies sous le nom d'un ou plusieurs associés, rentrent dans la classe des sociétés en commandite, et suivent en tout les mêmes règles et les mêmes principes portés aux art. 15 et 16.

Il existe des sociétés par actions sous un ou plusieurs noms collectifs.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 20. La loi ne doit pas reconnaître la société par actions.

Elle ne s'établit ordinairement que dans des circonstances forcées et de nécessité; sa cause principale n'a pour objet que les gros avantages qui doivent en résulter : elle ne présente aucune sûreté envers ses créanciers, conséquemment elle ne mérite pas d'être constituée.

Cependant comme elle peut devenir nécessaire, on peut déclarer qu'on n'entend pas la prohiber, mais qu'elle ne pourra néanmoins avoir son effet que par la permission et sous l'autorité du gouvernement; par cet ordre, le dernier membre de l'art. 23 doit être supprimé.

(*b*) MOTIFS DE LA COMMISSION DE RÉVISION.

Les grandes associations commerciales ont ordinairement lieu par actions; elles offrent à toutes les classes des citoyens des intérêts proportionnés à toutes les fortunes; c'est par leur moyen que chacun peut s'intéresser aux bénéfices du commerce, et s'identifier, pour ainsi dire, à sa prospérité.

Les banques publiques, les établissements commerciaux dans des contrées éloignées, ou qui exigent une masse de capitaux, hors de la portée des associations ordinaires, s'établissent par le concours d'un nombre déterminé d'actionnaires; elles sont régies par des administrateurs; elles ne sont connues, comme nous l'avons dit, que par une qualification relative à leur objet; elles ne présentent aucune solidarité personnelle; elles intéressent non-seulement les actionnaires, mais encore la société qu'elles alimentent, soit par une circulation fictive, soit par des approvisionnements considérables ou des moyens de transport économiques.

Nous avons pensé que lorsqu'une société présente une solidarité personnelle, elle doit être libre dans ses combinaisons comme dans ses effets. La garantie est dans les gérants, lorsqu'ils sont solidaires.

Il n'en est pas de même d'une société par actions qui est régie, sous un nom ou une qualification relative, par des administrateurs; car il peut arriver que ces administrateurs n'aient qu'un intérêt très-médiocre dans l'entreprise; il peut même arriver qu'ils n'en aient aucun; ils ne sont point solidaires pour les dettes de cette société.

On pourrait abuser de cette faculté de créer des établissements, de former des compagnies pour toutes sortes d'entreprises commerciales; on pourrait ainsi, par des dénominations génériques, tromper la confiance publique et se soustraire à toute espèce de responsabilité.

On sait combien on avait abusé en Angleterre de cette liberté, au commencement du XVIII[e] siècle.

Il y avait dans la ville de Londres cent soixante et seize compagnies, sous diverses dénominations. « Il semblait, dit l'auteur de l'*Essai sur l'état du commerce d'Angleterre*, que le seul obstacle qui empêchât d'en former des nouvelles, fût la difficulté de leur trouver un nom un peu supportable. »

On les a dénommées sous le nom de *bubbles*, qu'on pourrait traduire en français sous celui de *bluettes* ou *duperies*.

Le gouvernement est le conservateur et le protecteur des propriétés; son influence sur les associations par actions ne saurait être dangereuse; son intérêt le plus cher et le plus constant est la prospérité publique; il ne peut vouloir ce qui lui est contraire; s'il est trompé, si on a surpris son consentement, il ne tardera pas à le reconnaître, et les trompeurs ne jouiront pas longtemps de leur duplicité.

La formation des chambres de commerce qu'il vient d'ordonner, annonce assez son intention de s'entourer des négociants les plus éclairés, et prouve, mieux que tout ce que nous pourrions ajouter, que son autorisation ne sera jamais usurpée.

(*c*) MOTIFS.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely), orateur du gouvernement : « Les sociétés anonymes ou par actions ont dû aussi fixer l'attention des rédacteurs du code.

« Elles sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers, d'associer la médiocrité même, et presque la pauvreté, aux avantages des grandes spéculations; d'ajouter au crédit public et à la masse circulant dans le commerce. Mais trop souvent des associations mal combinées dans leur origine, ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique.

« Il a donc été reconnu que nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'après un acte public, et que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelle base on voulait faire reposer les opérations de la société, et quelles pouvaient en être les conséquences.

« Avec ces précautions, avec celles de la publicité commune aux trois espèces de sociétés, les administrateurs de la société anonyme, ou par actions, géreront avec sécurité pour eux et pour les actionnaires; ils ne seront plus exposés à ces recours en garantie, à ces poursuites solidaires qui ont troublé le repos, détruit l'aisance et ruiné le crédit des hommes les plus estimables. »

Art. 30. Elle est qualifiée par la désignation de l'objet de son entreprise.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 20. ... *Elle n'est connue que par une qualification relative à son objet.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 28. Conf. à l'art. 30 du code.

SOMMAIRE.

419. La société anonyme, telle qu'elle est réglée par le code de commerce, n'a rien de commun avec la société que les auteurs avaient appelée de ce nom, sous l'ordonnance de 1673. C'est la reproduction des sociétés par actions.
420. Origine et utilité de cette espèce de société.
421. Le gouvernement doit veiller soigneusement à ce qu'on n'en abuse pas.
422. La société anonyme n'a pas de raison sociale. Quel en est le motif?
423. Elle est désignée par l'objet de son entreprise.
424. La société anonyme est essentiellement commerciale. Dissentiment avec Malepeyre et Jourdain.

COMMENTAIRE.

419. La société anonyme dont le code de commerce a réglé la forme, les conditions et les effets, n'a rien de commun avec la convention qui, sous l'ordonnance de 1673, était appelée de ce nom. C'était alors, comme Savary l'enseigne, une association en participation, ou, pour parler plus exactement, la dénomination générique des associations en participation.

« La société anonyme s'appelle ainsi, parce qu'elle « est sans nom et qu'elle n'est connue de personne, « comme n'important en façon quelconque au public. « Tout ce qui se fait, achat ou vente, ne regarde que « les associés, chacun en droit soi, en sorte que celui « des associés qui achète s'oblige seul et paye au « vendeur; celui qui vend, reçoit de l'acheteur. Les « associés ne s'obligent pas tous deux ensemble en-« vers les tiers; celui qui agit est seul obligé... Il y « a de ces sociétés verbales; d'autres sont formées « par écrit; d'autres résultent de lettres missives. Il « n'y a souvent qu'un seul article, et la société finit le « jour même qu'elle est faite... »

... Et Savary donne comme exemple de sociétés anonymes : l'achat d'une cargaison proposé par un négociant de Marseille à un négociant de Paris; la convention que font des marchands allant en foire, de vendre ou d'acheter la marchandise en commun, afin de ne pas acheter trop cher, ou vendre à trop bas prix; l'association formée pour aller à l'étranger acheter une quantité déterminée de blé, le faire venir en France, le vendre et partager le gain de la vente, etc.

Nous le répétons, entre ces différents contrats et la société anonyme actuelle, il n'y a de commun que le nom.

La société anonyme n'est cependant pas une institution nouvelle; c'est un emprunt fait au passé. La législation moderne a voulu consacrer les sociétés par actions que l'ancien droit autorisait, mais qu'il ne réglait pas. Leur objet, leur but, leurs effets sont les mêmes; elles ne diffèrent que par le nom et les conditions d'existence (**Add.** Troplong, n°s 443, 446 et 481).

420. Le commerce est pour les nations, comme pour les individus, une source de prospérité. Conduit avec intelligence, avec esprit de suite, il donne la richesse et la force; mais pour produire ces résultats, il a besoin de capitaux qui se renouvellent sans cesse, et de moyens de crédit; il a besoin de communications rapides, de sécurité; et, quand il va demander aux pays lointains des produits nouveaux, il lui faut des garanties contre l'inconstance des mers.

Or, quelle fortune privée peut suffire à fonder des banques publiques, à creuser des canaux, construire des voies de fer, assurer contre la tempête les navires consacrés aux spéculations maritimes? Et en supposant qu'il se rencontre une maison assez puissante pour faire face à de telles dépenses, comment espérer qu'elle échangera contre les hasards inséparables du commerce les avantages actuels d'une position acquise? Les grandes entreprises ne s'accomplissent point en un jour; elles exigent, pour être menées à bien, du temps et des efforts persévérants; il faut, pendant longues années, laisser son patrimoine, sa liberté, son honneur même, suspendus à un fil qui peut se rompre au moindre vent. La fortune ne se joue-t-elle pas des combinaisons les plus sages?

Mais ce qu'un seul ne peut faire, ou ce que la prudence lui défend d'entreprendre, est possible au grand nombre : le péril s'affaiblit en se divisant; et c'est ainsi qu'en 1602, la compagnie des Indes orientales, qui devait exercer sur le commerce du monde entier une si grande influence, s'était formée en Hollande par la réunion d'actionnaires, dont la perte était limitée par avance au montant de l'intérêt dont ils avaient versé le prix.

Grande et magnifique institution, qui, en permettant à la médiocrité, à la pauvreté même, de prendre part aux chances favorables des spéculations commerciales, donnait aux négociants le moyen d'en étendre indéfiniment le cercle et les profits, sans craindre qu'un naufrage engloutît d'un seul coup le fruit de leurs travaux.

Les sociétés par actions sont passées de la Hollande en Angleterre et en France; et en France comme en Hollande, la puissance de l'association a créé sous Louis XIV, et pendant la régence, de nombreuses compagnies au succès desquelles la persévérance et la volonté seules ont manqué (**Add.** Troplong, n°s 446 et 449).

421. Mais, on le comprend, plus l'instrument a de force, plus il peut être utile, plus il faut veiller à ce qu'on n'en abuse pas. Il est dans la nature de l'esprit humain de se passionner pour l'inconnu, et les plus folles entreprises ne sont pas celles qui trouvent le moins de sympathie. Qui ne se rappelle les espérances insensées qu'avait fait naître le compagnie des Indes fondée par l'Écossais Law, et les immenses désastres dont elle a marqué son passage? C'est donc le devoir du gouvernement, dont les intérêts sont intimement liés à la prospérité du commerce et de l'industrie, d'empêcher qu'en spéculant sur l'ignorance et la crédulité des actionnaires, sur leur cupidité peut-être, on ne détourne l'institution de son but, et que la fraude, en se substituant aux combinaisons d'une loyale industrie, ne

finisse par dégoûter les capitaux des associations qui les réclament.

C'est l'objet des dispositions tracées par la loi nouvelle. Nous verrons, en les examinant, si elle a pris toutes les précautions propres à assurer sinon le succès, au moins la sincérité des sociétés qui se forment (**Add.** Troplong, n° 439).

422. La société anonyme n'existe pas sous une raison sociale, et n'est désignée par le nom d'aucun des associés. C'est une conséquence forcée du principe. La société anonyme n'étant qu'une société de capitaux, et la personne des associés ne pouvant jamais être obligée au delà du montant de l'apport qu'ils ont promis, il ne peut y avoir de raison sociale.

La raison sociale, en effet, comme nous l'avons exposé, est la formule du mandat que les associés se donnent mutuellement; et les engagements qui en sont revêtus, obligent indéfiniment tous les associés.

Dès le moment donc que, par la constitution même de la société, l'associé, quelque rôle qui lui soit assigné, gérant ou non gérant, est dégagé de l'obligation personnelle, il ne peut y avoir une raison sociale. On ne comprend pas le mandat dépouillé de ses effets légaux; un mandataire suppose des mandants, au nom et pour le compte desquels on agit, et qu'on oblige (**Add.** Troplong, n° 452).

423. A défaut de raison sociale, la société anonyme est désignée par l'objet de son entreprise, ou par une dénomination qui le rappelle : *La banque de France; la Compagnie générale d'assurance contre l'incendie; le Phénix*, etc.

424. Malepeyre et Jourdain ont examiné, dans leur ouvrage, si une société anonyme était essentiellement commerciale, et ils ont embrassé la négative. Une société de ce genre, à leur avis, est indifféremment civile ou commerciale.

Cette opinion renferme une erreur évidente.

D'une part, en effet, la loi civile ne reconnaît pas de société de capitaux; toute société civile soumet les associés à l'obligation personnelle; c'est le principe fondamental; et après l'avoir écrit avec une précision qui ne souffre pas la controverse, le code déclare (art. 1873) : « que les dispositions de la loi civile s'appliquent aux sociétés de commerce, dans les points seulement qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce... » Comment, dès lors, une convention qui ne comporte pas d'obligation personnelle pourrait-elle jamais être une société civile?

D'autre part, l'art. 19 du code de commerce exprime que « la loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales :

« La société en nom collectif;

« La société en commandite;

« La société anonyme. »

Il n'y a pas de distinction entre ces trois formes sous lesquelles se produit la société commerciale. La société anonyme est placée sur la même ligne que la société en nom collectif et la commandite; elle ne peut donc pas plus être une société civile, que l'une ou l'autre de ces sociétés.

La société anonyme, qui s'applique à la confection de grands travaux, à l'exploitation d'industries ou de fabrications auxquelles la fortune d'un seul ne suffirait pas, est essentiellement et nécessairement commerciale. L'esprit et le texte de la loi sont d'accord.

Que si maintenant on cherche l'intérêt de la solution adoptée par les auteurs que nous combattons, il est impossible de le saisir.

Tous les débats qui s'engagent sur le caractère propre des actes ou des faits auxquels une action judiciaire peut devoir sa naissance, se réduisent, en définitive, à savoir si l'auteur de ces actes ou de ces faits sera ou non soumis à la sévérité de la loi commerciale, à la contrainte par corps, à la faillite.

Or, il est constant :

1° Que le souscripteur d'actions dans une société anonyme ne fait pas acte de commerce, et que, s'il ne paye pas sa dette, la juridiction arbitrale, seule compétente pour apprécier la réclamation de la société, ne peut, en condamnant, prononcer la contrainte par corps;

2° Que l'administrateur de la société anonyme, quand il se renferme dans le mandat qu'il a reçu, n'encourt pas de responsabilité personnelle.

Quelle utilité, dès lors, peuvent donc présenter des distinctions dont l'unique résultat est de fausser la lettre de la loi (**Add.** Troplong, n°s 327, 339, 1075 et 1076).

Art. 31. La société anonyme est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 20. ... *Elle est régie par des administrateurs qui sont actionnaires ou salariés...*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 29. Conf. à l'art. 31 du code.

Art. 32. Les administrateurs ne sont responsables que de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu. Ils ne contractent, à raison de leur gestion, aucune obligation personnelle ni solidaire relativement aux engagements de la société.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 30. Conf. à l'art. 32 du code.

SOMMAIRE.

425. Les administrateurs des sociétés anonymes ne sont que de simples mandataires.
426. Ils sont révocables, dans le cas même où leur nomination ferait partie des conventions sociales.
427. Les termes de l'art. 31 du code de commerce justifient cette solution.
428. S'il en est autrement dans les sociétés civiles ou commerciales en nom collectif et en commandite, c'est une conséquence de leur nature.
429. La considération du gérant est de peu de valeur dans les sociétés anonymes.
430. L'art. 1856 du code civil est une dérogation au principe du mandat, qui ne peut être étendue.
431. L'esprit de l'art. 31 du code de commerce est conforme à son texte.
432. L'administrateur de la société anonyme peut être salarié.
433. Dans l'usage, on place à côté des administrateurs un conseil de surveillance.
434. Un directeur est chargé de l'exploitation matérielle.
435. Les assemblées générales sont autorisées à prendre toutes les délibérations que réclame l'intérêt commun.
436. Elles peuvent régler la gestion même.
437. La majorité fait la loi, quand elle se renferme dans les statuts. Toute délibération contraire aux statuts est nulle.
438. Exemple du pouvoir qui appartient aux assemblées générales dans les sociétés anonymes, tiré d'un arrêt de la cour de Paris.
439. Arrêt de cassation qui juge que toute opération qui n'est pas contraire aux statuts ne peut être contestée par les tiers, quand elle a reçu l'assentiment de l'assemblée générale des actionnaires.
440. Les stipulations des statuts qui touchent à l'ordre public ou à l'intérêt des tiers, ne souffrent pas de dérogation. Arrêt de la cour de cassation en ce sens.
441. Une assemblée générale ne peut décider que l'actionnaire qui a fait sa mise apportera une somme nouvelle dans la société, ou qu'autrement il sera déchu de sa qualité d'associé, et ne pourra réclamer sa mise originaire.
442. La majorité ne peut changer les conditions constitutives du contrat.
443. Toutes les dispositions applicables au mandataire ordinaire, et qui règlent ses obligations, sa responsabilité, ses droits, s'étendent à l'administrateur de la société anonyme.
444. L'administrateur qui excède son mandat est personnellement responsable envers les tiers.
445. L'est-il également, quand l'acte qui lui a été prescrit était dommageable à un créancier de la société?
446. Arrêt de la cour de Paris, qui juge que l'administrateur qui sépare un immeuble fictif d'un immeuble réel sur lequel une hypothèque a été constituée, et qui le vend dans l'intérêt de la société, n'engage pas sa responsabilité personnelle.
447. Cet arrêt est-il conforme au droit?
448. L'administrateur qui accomplirait une délibération contraire aux dispositions des statuts intéressant l'ordre public, serait exposé personnellement à la réparation du dommage causé aux tiers.

COMMENTAIRE.

425. Dans la société en nom collectif ou en commandite, l'organisation de la gestion se lie habituellement à l'existence même de la convention. C'est une des parties substantielles du contrat; et si, par un événement quelconque, la gestion est ou modifiée ou détruite, la société a le même sort. A défaut de stipulation contraire, la retraite du gérant ou son exclusion met fin à la société. Le contrat ne survit point à la personne, quand on a contracté en vue de la personne.

Dans la société anonyme, la personne n'est rien. Les associés ne se choisissent pas; ils ne se connaissent même pas; le seul but qu'on se propose est de réunir des capitaux destinés à la réalisation d'une grande entreprise. Il n'y a donc pas nécessité que l'administration ait un caractère permanent, et les personnes qui la composent peuvent, sans inconvénient, être changées; il n'y a danger pour personne. Il n'y en a pas pour les associés, car l'administration, restreinte à l'exécution des statuts, s'exerce sous leur contrôle continuel, ainsi que nous le dirons bientôt. Il n'y en a pas non plus pour les tiers, puisque le gérant, quel qu'il soit, ne s'engageant pas personnellement, le capital social est la seule garantie des dettes contractées pour la société; et qu'importe, alors, de quelle main émane l'engagement qui l'oblige? C'est seulement en considération des ressources propres à l'être collectif, que le public traite avec ses agents (**Add.** Troplong, n° 422).

426. Les administrateurs de la société anonyme, réputés simples mandataires, sont essentiellement révocables; c'est la condition du mandat; et cette condition recevrait son application dans le cas même où le gérant, associé ou non, aurait été constitué par le statut social.

Un arrêt de la cour de Bruxelles, du 9 mai 1808 (Dalloz, XII, 140), semble avoir admis implicitement la solution contraire, et plusieurs auteurs, Dalloz notamment, ont donné leur assentiment à cette doctrine. C'est une erreur dont voici la source : sans s'attacher, comme il convenait de le faire, au texte et à l'esprit de l'art. 31 du code de commerce, on a transporté dans la société anonyme les règles instituées pour les sociétés civiles, et que l'identité de position rendait applicables aux sociétés commerciales en nom collectif et en commandite (**Add.** Troplong, n° 669 2°).

427. Les principes du droit civil ne s'étendent aux sociétés commerciales que dans les cas où la loi commerciale elle-même a gardé le silence. Quand elle a parlé, la préférence lui est due : il n'y a pas dissentiment à cet égard : *Specialia derogant generalibus* (art. 1873 du code civil). Or, non-seulement le code de commerce n'a pas reproduit la disposition de l'article 1856 du code civil, « que l'associé chargé de « l'administration par une clause spéciale du contrat « de société n'en peut être dépouillé sans cause légi- « time, » mais, en ce qui touche les associés anonymes, il a nettement et clairement exprimé la volonté contraire.

Si le législateur, en effet, n'avait pas eu l'intention d'innover, aurait-il, à la dénomination de *mandataires*, dont il qualifie les administrateurs de la société anonyme, ajouté : *mandataires à temps, révocables*? La révocabilité est de l'essence du mandat; le mandant peut, à toute époque, et quand bon lui semble, user de cette faculté. Il en peut user dans le cas même où, par une stipulation positive, il s'en est interdit l'exercice. N'est-il donc pas clair, qu'en s'exprimant comme il l'a fait, le législateur a voulu mon-

trer que, de quelque manière que la gestion eût été conférée, qu'elle résultât de la convention de société, ou d'une délibération postérieure, le gérant, simple mandataire, pouvait au gré des associés, et sans autre cause que leur caprice, être dépouillé de ses fonctions? L'addition à la qualité de mandataire d'une de ses conséquences nécessaires, ne serait autrement qu'une superfétation sans objet.

428. Dans les sociétés civiles, ou dans les sociétés commerciales qui engagent indéfiniment la responsabilité personnelle des associés, il est tout simple que la désignation du gérant, quand elle se lie à la constitution de l'être collectif, enchaîne la volonté des parties, et, tant qu'on n'a pas prouvé, contre ce gérant, l'abus de la confiance dont il a reçu le témoignage. L'organisation de la gestion a été l'une des conditions du contrat; elle a déterminé le consentement des autres associés peut-être, mais assurément celui de l'associé gérant. Il est donc juste, quand on veut le priver de la direction des affaires, et, le cas échéant, lui imposer à lui-même un gérant dont sa fortune, sa liberté, son honneur même vont dépendre, puisque, associé collectif, il est tenu solidairement de tous les engagements souscrits de la raison sociale, il est juste qu'on dise de quelles fautes il s'est rendu coupable, et qu'on entende sa justification. Un caprice des associés ne peut pas apporter dans sa position un changement aussi grave.

429. Mais, dans les sociétés anonymes, où la personne des intéressés s'efface complétement, et où l'action des créanciers se restreint à la discussion du fonds capital, il n'y a plus les mêmes raisons d'attacher à la gestion conférée par l'acte social un caractère de perpétuité, ou d'en subordonner la cessation aux chances d'un débat judiciaire. D'une part, en effet, l'administrateur que la majorité des associés prive de ses fonctions, n'a pas à craindre que sa position personnelle ne soit compromise par le gérant auquel la direction sera confiée; il n'a pas à redouter dans l'avenir de poursuite directe des créanciers sociaux. Et, d'autre part, comment affirmer que, dans une association composée de mille à douze cents associés, souvent même d'un plus grand nombre, le choix du gérant a déterminé les adhésions données à l'entreprise? Dans les sociétés anonymes, ce n'est pas du gérant qu'on s'occupe, mais de la chose sociale, de ses ressources actuelles, de son avenir; la personne du gérant n'est qu'une considération secondaire, et avec d'autant plus de raison, que, selon l'usage, chaque actionnaire est appelé chaque année, en assemblée générale, à contrôler la gestion, et qu'il est de son droit non-seulement de conseiller, mais d'imposer, s'il le juge à propos, une direction nouvelle pour l'avenir.

430. Ne l'oublions pas, d'ailleurs, la disposition de l'art. 1856 du code civil contient une dérogation au principe général que le mandat est essentiellement révocable. Or, les dérogations ne s'étendent pas, et, dès le moment où la loi commerciale a, sans restriction ni réserve, imprimé à l'administrateur de la société anonyme la qualité de mandataire *révocable*, il faut l'entendre et l'appliquer dans son sens absolu. L'interprétation qui ramène au droit commun l'application des lois, doit être préférée à l'interprétation qui multiplie les exceptions.

431. Que si, maintenant, nous recherchons dans quel esprit a été rédigé l'art. 31 du code de commerce, combien ne serons-nous pas portés à reconnaître que la seule interprétation possible est celle qui naît de son texte isolément apprécié!

Les sociétés anonymes, avons-nous dit, sont destinées à réaliser de grands desseins; c'est le but secret de leur institution et des mille précautions dont leur naissance est entourée. Ce n'est pas pour faciliter un commerce ordinaire de draps ou de fers que les pouvoirs publics interviennent, et qu'ils examinent laborieusement, longuement, les statuts et les ressources des compagnies qui s'organisent. Or, pour atteindre ce but, la première condition est une direction intelligente, élevée, capable de suivre les progrès du commerce et de l'industrie, et d'augmenter, en s'y associant avec prudence, les gains que les associés espéraient. L'esprit de routine, quand tout marche et progresse, n'est pas moins fatal que l'amour déréglé des innovations.

Un gérant peut être parfaitement honnête, pousser la probité jusqu'au scrupule, se montrer même intelligent dans de certaines limites, mais être entièrement destitué de cet esprit de prévision et d'avenir, qui assure la prospérité des sociétés, qui peut les sauver au besoin. Il peut manquer absolument de cette intelligence qui, grandissant avec les événements, sait préparer les faits ou les exploiter... Pourquoi donc serait-il interdit de lui enlever des fonctions auxquelles il est désormais inférieur, pour les confier à des mains plus habiles?

Pourquoi la société serait-elle condamnée à subir une gestion dont elle n'a plus à attendre rien d'utile? Tel convient au début d'une entreprise, parce qu'il est économe, prudent, défiant même, qui, aux jours de la prospérité ou du péril, n'est plus qu'un embarras. Quand tout changeait autour de lui, il est resté le même; il s'est laissé dépasser par les circonstances; il ne peut plus servir, et c'est une nécessité que la majorité de la compagnie puisse en raviver l'administration, de manière à ce qu'elle soit à la hauteur des événements!

Mais si, pour retirer le mandat des mains dans lesquelles il languit, il ne suffit pas d'une volonté formellement exprimée par le plus grand nombre; s'il faut, conformément à l'art. 1856 du code civil, l'allégation *d'une cause légitime* contre le gérant, c'est un procès à entamer; si le gérant résiste, il faudra plaider, et qui sait jusqu'à quel point les juges, devant lesquels il défendra sa considération attaquée, croiront devoir le punir de n'avoir pas montré plus de capacité qu'il n'en avait à l'origine, et que n'en supposaient alors les associés qui lui ont confié la gestion?

Le seul moyen d'échapper à ces inconvénients, c'est de donner à la règle écrite dans l'art. 31 du code de commerce toute l'énergie qu'elle comporte; c'est de décider que, quelles que soient l'origine, la date et la forme de la délégation, elle est essentiellement révocable et précaire; c'est enfin d'appliquer la loi selon l'esprit qui l'a dictée. Le mandat écrit dans l'acte de société, ne peut tirer de cette circonstance un effet que lui dénie sa nature, et, plus expressément encore, la seule disposition légale qu'il faille consulter.

432. L'administrateur de la société anonyme peut être salarié; rien ne s'oppose à ce que, pour s'assurer des services utiles, on les achète même d'un associé: c'est une des conséquences de la règle qui sépare si profondément la personne du gérant de celle de l'associé.

433. Dans l'usage, la gestion des sociétés anonymes n'est pas exclusivement dévolue aux administrateurs; à côté du conseil d'administration, la convention place des surveillants sous le nom de censeurs; quelquefois on les désigne sous le nom de comité de surveillance. Dans tous les cas, et quelle que soit la qualification, ils sont chargés d'inspecter les écritures, les travaux, les recettes, les dépenses; de s'assurer si les statuts sont religieusement observés;

de veiller enfin à ce que les affaires ne s'écartent point de la direction prévue par le contrat. Les censeurs peuvent recevoir des stipulations sociales le droit de donner certains ordres, de prescrire certains actes et d'en empêcher d'autres. Une société anonyme est comme une république où les parties peuvent à leur gré distribuer et régler les rôles; c'est à l'autorité supérieure, dont l'assentiment est indispensable, de modifier ou rejeter les combinaisons qui auraient pour résultat d'engendrer l'anarchie, ou tout au moins d'amener des froissements dont la chose commune souffrirait.

434. Dans l'usage encore, et pour éviter les tiraillements et les lenteurs, suites inévitables d'une gestion confiée à plusieurs mains, les pouvoirs sont centralisés dans celles d'un directeur, c'est lui qui communique à l'exploitation le mouvement et la vie, qui donne les ordres, règle les travaux, traite avec les tiers, et engage le capital social, sauf à rendre compte au conseil d'administration, aux époques et de la manière prévues par le contrat.

435. Dans l'usage enfin, la société tout entière se réunit en assemblée générale, pour apurer les comptes annuels, fixer les dividendes à répartir, s'il y a lieu, et prendre les délibérations que réclament les intérêts de la société.

Dans la société en commandite, le commanditaire, réduit à une sorte d'inspection silencieuse, ne peut sans danger s'occuper des faits de gestion; il ne peut imposer au gérant sa volonté, sans abdiquer son titre et son irresponsabilité. C'est au moins un danger qu'il court. L'associé anonyme, au contraire, peut discuter les actes futurs avec autant de liberté que les faits accomplis. Il peut demander des modifications au régime suivi jusqu'alors; réclamer l'application de nouveaux procédés, l'ouverture de nouveaux comptoirs; exiger des dépenses nouvelles dans l'intérêt commun; et, si son opinion l'emporte, il n'a pas à craindre de voir sa responsabilité personnelle engagée par les résultats, quels qu'ils soient (**Add.** Troplong, no 450).

436. Les assemblées générales ont le droit d'imposer à l'exploitation sociale les conditions qu'elles jugent convenables; elles peuvent à leur gré restreindre ou bien étendre la fabrication, prendre en un mot toutes les mesures qui se rapportent à l'exécution du contrat, quelque influence que ces mesures puissent en définitive exercer sur le fonds social. Dès que les administrateurs ne sont que des mandataires révocables, il est tout simple que les associés règlent à leur gré l'exercice d'un mandat qui est leur œuvre.

437. Dans tous les cas, la majorité fait loi; il appartient au plus grand nombre de pourvoir à l'exécution des statuts; mais, par cela même, toute délibération étrangère aux statuts, ou qui aurait pour résultat d'en pervertir l'application, est irrégulière et nulle. Les pouvoirs de la majorité doivent s'adapter aux conventions qu'ils ont pour objet de vivifier. Il est même à remarquer qu'en ce cas l'unanimité ne suffirait point à rendre la délibération obligatoire. Pourquoi, en effet, l'administration supérieure examinerait-elle avec tant de soin les stipulations de la société qui s'organise, en pèserait-elle les chances, et comparerait-elle avec scrupule les projets et les ressources, si, après toutes ces investigations, et quand l'entreprise n'a été autorisée que parce que, dans l'état où la présentaient ses auteurs, elle était sans danger pour le public, il suffisait d'une délibération pour renverser cette œuvre de prudence, et y substituer quelque folle spéculation, dont l'inévitable fin est la ruine de la société? Non, les précautions de la loi ne peuvent pas si facilement être éludées. Une délibération n'est pas nulle, sans doute, par cela seul qu'elle ne rentre pas textuellement dans la nomenclature des opérations indiquées dans les statuts sociaux; il suffit, pour être valable, qu'elle tende à l'exécution sincère du contrat; les assemblées générales usent de leur droit toutes les fois que, par des moyens directs ou indirects, elles vont au but que se propose la société. Mais si la délibération a pour effet de violer les statuts, si elle détourne le fonds social de sa destination, ou si elle transforme la société, elle est radicalement nulle, et ses auteurs sont soumis à la réparation du dommage qu'ils ont causé.

La cour royale de Bordeaux a jugé, le 21 décembre 1840, qu'une société anonyme dont les statuts ne contenaient aucune clause prohibitive de la faculté d'emprunter, avait pu valablement contracter un emprunt hypothécaire, en observant les formes prescrites pour constater le consentement de la société, c'est-à-dire, après avoir consulté l'assemblée générale, et obtenu une délibération régulière, autorisant à obliger le patrimoine commun.

Une société anonyme peut, avec le concours de la totalité de ses membres ou de ceux qui les représentent, tout aussi valablement emprunter qu'un simple citoyen majeur et maître de ses droits.

438. La cour de Paris a fait de cette doctrine une application plus remarquable encore.

En 1828, des capitalistes et des négociants forment le projet d'exploiter l'établissement métallurgique du Creuzot. Ils s'adressent au gouvernement pour en obtenir l'autorisation de se constituer en société anonyme.

Le Creuzot alors était en la possession d'une société en commandite. Cette société avait des dettes; elle demanda que la compagnie qui s'organisait, en prenant l'usine, les marchandises fabriquées, les matières premières, les approvisionnements du tout genre, l'achalandage, se chargeât de la libérer.

Une aussi grave mesure semblait exiger l'assentiment de l'administration : elle fut consultée, et refusa.

Cependant la société anonyme fut autorisée. Il était de son intérêt d'acquérir tout l'actif de la société qui l'avait précédée, aux conditions que nous avons énoncées; c'était l'avis de ses gérants. Rien dans les statuts ni dans l'autorisation ne s'opposait à ce qu'une transaction de ce genre intervînt, et en considérant son objet, elle avait un trait direct à l'exploitation sociale. Ne fallait-il pas que la société anonyme eût des instruments de travail, des marchandises fabriquées, le moyen d'en fabriquer de nouvelles, une clientèle? Ne s'était-elle pas formée dans ce but, et n'était-ce point une des conditions de son existence industrielle?

Après de longues délibérations, ce parti prévalut; et les assemblées générales, appelées à l'examen des comptes, donnèrent à ce qui avait été fait une complète approbation.

Cependant les affaires de la compagnie du Creuzot tombèrent en ruine; l'établissement fut constitué en état de faillite, et les créanciers, réduits à l'impossibilité d'obtenir le payement des sommes qui leur étaient dues, dirigèrent contre tous ceux d'entre les associés qui, de près ou de loin, avaient concouru à la transaction faite avec la société en commandite, une action en restitution des fonds qu'on avait comptés à ses créanciers. Selon les demandeurs, la société anonyme instituée pour exploiter les forges du Creuzot, n'avait pu, sans violer ses statuts, employer une partie du fonds social à l'acquittement des dettes qui pesaient sur la compagnie dont elle prenait la place. Elle avait

eu sans doute la faculté d'acheter de cette compagnie son matériel et son achalandage, mais à prix débattu, par un compte de clerc à maître, et à condition de recevoir l'équivalent des écus qu'elle aurait tirés de sa caisse; rien ne pouvant s'opposer à ce qu'elle traitât avec la société dissoute, comme elle aurait fait avec tout étranger dans les mains duquel se seraient trouvés réunis des objets nécessaires à l'exploitation de ses usines. Mais se charger à forfait d'éteindre un passif inconnu dans sa quotité, et en échange de cet engagement, accepter un actif incertain, variable, deterioré; les statuts le permettaient d'autant moins, que le gouvernement, consulté sur la convenance d'une telle stipulation, s'y était montré contraire. Les administrateurs de la société anonyme avaient donc fait une disposition abusive des fonds sociaux, et rien ne pouvait les soustraire à l'obligation de les rapporter aux créanciers dont ils avaient anéanti le gage.

Mais, par arrêt du 18 juillet 1837, la cour royale de Paris déclara qu'en droit, une société anonyme n'excédait pas les limites de sa capacité, en faisant un traité aléatoire, s'il rentrait dans l'exécution de ses statuts; en fait, que la transaction incriminée, avait eu pour objet et pour fin, l'exploitation sociale; qu'elle avait été formée de bonne foi; que si l'administration supérieure en avait originairement repoussé la proposition, ce n'était pas qu'elle l'eût jugée incompatible avec la convention sociale, mais uniquement parce qu'il était contraire à l'usage qu'une société, dans l'acte même qui la constitue, se chargeât d'une dette quelconque; qu'elle devait apporter son actif intact, sauf à en faire tel emploi qu'elle jugerait conforme à son intérêt.

439. Cet arrêt ayant été déféré à la cour de cassation, le pourvoi fut rejeté le 9 mars 1841 (Dalloz, XLI, 1, 151) :

« Attendu que si, lors de la constitution de la société anonyme, le ministre s'était opposé à ce que l'on insérât dans les statuts une clause qui mettait la liquidation de la société en commandite, aux risques et périls de la société anonyme, l'arrêt avait reconnu, en fait, que les causes qui avaient motivé l'opposition du ministre, n'existaient plus lors de la passation du traité à forfait, réalisé en mars 1829; que ce traité avait été formé régulièrement, provoqué d'abord, et approuvé ensuite, par l'assemblée générale des actionnaires, consenti par la société anonyme, et exécuté sans réclamation par la société en commandite;

« Attendu que l'arrêt avait de plus reconnu que ce traité n'avait rien de contraire aux statuts; qu'en effet, ces statuts ne contiennent aucune clause prohibitive du traité à forfait; et que l'article 18 autorisant l'assemblée générale à statuer sur les cas imprévus, elle avait pu prendre la liquidation à ses risques et périls, lorsque des circonstances nouvelles paraissaient avoir amené la nécessité de cette convention; qu'ainsi, il n'avait existé aucune infraction formelle aux statuts, et se rattachant aux bases essentielles et fondamentales de la société. »

Ces décisions sont conformes aux règles du droit; elles concilient le respect de la loi avec la latitude nécessaire au maniement des affaires commerciales. De ce que les statuts des sociétés anonymes indiquent l'objet en vue duquel se forme le contrat, et, par là même, la nature des opérations auxquelles l'être moral se propose d'appliquer ses ressources et ses soins, il ne faut pas conclure que ces indications forment un cercle autour duquel il faille tourner invariablement et sans relâche. La loi n'impose point aux sociétaires une immobilité qui les conduirait à la mort, au suicide peut-être; elle leur permet d'étendre leur action aux faits nouveaux, imprévus, mais en rapport avec l'industrie dont l'exploitation est le but de la société, et qui doivent faciliter ou développer cette exploitation. Or, pourquoi une société anonyme, succédant à une société en commandite, n'achèterait-elle pas les ateliers, les marchandises, l'achalandage de celle-ci? Et si elle ne les peut acheter moyennant une somme déterminée, mais seulement à la charge de payer à forfait les dettes existantes, pourquoi n'accepterait-elle pas ces conditions? Loin que le résultat d'une telle convention soit contraire au but que s'est proposé la société, il y conduit en écartant une partie des obstacles qu'une entreprise nouvelle trouve infailliblement devant elle. Le mal tiendrait donc à la forme de la convention; mais les êtres collectifs n'ont-ils pas la même capacité, les mêmes facultés que les particuliers; ne peuvent-ils pas contracter et s'obliger de la même manière? La seule condition imposée aux mandataires qui les représentent, c'est d'agir de bonne foi. Mais cette condition remplie, les actes, quelle qu'en soit la forme, sont complétement valables : ils puisent dans leur destination une force inébranlable.

440. Toutefois les assemblées générales ne peuvent jamais déroger aux stipulations de leurs statuts, qui ont pour objet l'ordre public et l'intérêt des tiers. C'est ce qu'exprime l'arrêt du 9 mars 1841 que nous venons de rappeler. La cour de cassation l'avait déjà décidé par un arrêt du 16 juillet 1838 (Dalloz, XXXVIII, 1, 328).

« Attendu, sur le premier moyen, qu'il n'est pas permis aux sociétés anonymes de déroger aux stipulations de leurs statuts, qui ont pour objet l'ordre public et l'intérêt des tiers, et que l'arrêt attaqué, ayant déclaré que l'article 30 des statuts de la caisse hypothécaire était de cette nature, a fait une juste application du droit, en condamnant cette société à des dommages-intérêts pour avoir violé les dispositions de ses statuts.

Toute l'économie de la loi serait bouleversée s'il en pouvait être autrement.

441. Une autre question s'est présentée qui mérite également de fixer l'attention.

Le 1er prairial an VI, une société se forma à Nîmes pour la construction d'une salle de spectacle. La dépense avait été évaluée à 200,000 fr. Il fut stipulé que quarante actions de 5,000 fr. chacune seraient créées pour composer cette somme. L'acte portait en outre qu'après la souscription de vingt et une actions, une administration provisoire serait formée de cinq actionnaires; qu'elle aviserait aux moyens d'exécution de l'entreprise; que dans un bref délai, tous les soumissionnaires seraient convoqués en assemblée générale et prendraient toutes les délibérations que réclamerait l'intérêt commun.

La souscription ne produisit pas les résultats espérés. Vingt-quatre actionnaires seulement se présentèrent, et bientôt, les travaux, dépassant toutes les prévisions, exigèrent le versement de nouveaux fonds par les associés. Des délibérations successives portèrent à 12,300 fr. le montant des actions d'abord fixé à 5,000 fr.

Ces délibérations étaient-elles obligatoires? Deux associés soutinrent qu'engagés pour 5,000 fr., ils n'avaient rien à fournir de plus, et le tribunal de commerce jugea qu'en effet, on ne les pouvait contraindre à payer davantage; que seulement il faudrait réduire leur part de bénéfices dans la proportion de leur apport.

Mais, sur l'appel, la cour de Nîmes décida, par arrêt du 3 fructidor an XII, que les actionnaires

récalcitrants n'avaient que l'alternative de payer la somme réclamée d'eux, ou de se retirer de la société, en abandonnant leur mise de fonds (Dalloz, XII, p. 140) :

« Attendu qu'il est constant que, dès le principe de l'entreprise, on n'avait compté que sur une dépense de 200,000 fr., tandis que le résultat a démontré l'erreur de ce calcul, puisque les dépenses se sont élevées à près du double de cette somme; qu'on avait aussi compté sur la soumission de quarante actions, tandis qu'il n'en a été soumissionné que vingt-quatre; que ces deux circonstances ont nécessairement dû faire renchérir les actions, et que les comptes produits par les administrateurs ont, en effet, justifié qu'il avait été indispensable de les élever provisoirement à la somme de 12,500 fr.;

« Que l'obligation de chaque actionnaire s'est accrue de plein droit dans la même proportion; que, si la compagnie eût traité à forfait avec un tiers, chacun de ses membres pourrait réclamer l'exécution du traité; mais qu'ici, les sommes dépensées l'ayant été pour le compte de la compagnie, les engagements pris par les administrateurs ont été communs à tous ses membres;

« Qu'en fait de société, les pertes et les profits se distribuent également entre eux; que la chose indivise commencée, tous les associés doivent contribuer de la même manière à toutes les constructions et réparations qui peuvent la rendre utile et productive, ou s'en décharger, en offrant d'abandonner;

« Que l'associé oblige son associé dans tout ce qui est fait pour l'intérêt commun, sans dol ni fraude, quoique le succès ne réponde pas à l'entreprise;

« Que dans l'hypothèse particulière de la cause, les opérations et les comptes des administrateurs ont été approuvés, en assemblée générale, par diverses délibérations de la compagnie, auxquelles la minorité et les absents ont dû se soumettre, d'après la nature et les stipulations mêmes du pacte social;

« Que, quoique le sieur Talon n'ait pas assisté à ces délibérations, il est censé les avoir approuvées par le silence qu'il a gardé, quand il en a eu connaissance; que d'ailleurs les associés n'ont pu ignorer que la dépense à supporter par quarante actionnaires devait l'être par vingt-quatre, puisqu'il n'y avait que ce nombre d'actions soumissionnées, et que vingt et una ayant dû suffire, d'après leurs conventions, pour faire commencer les ouvrages projetés, ils ont dû remplir le déficit occasionné par le défaut de soumission des autres; que le sieur Talon, particulièrement, n'a pas entendu que le théâtre fût laissé imparfait, ni que le coût en fût réduit à la première mise de fonds convenue, puisque y ayant été déjà dépensé près de 300,000 fr., lorsqu'on commença d'y jouer la comédie, il jouit, comme tous les autres, de son entrée libre et gratuite, et de sa loge;

« Qu'il suit de tout cela, que le sieur Talon est, comme tous les autres, obligé de se soumettre aux délibérations de la compagnie, de porter le montant de son action à la même somme à laquelle a été élevée celle de chacun d'eux, et de fournir le complément de 12,500 fr., à quoi elles ont été provisoirement fixées, ou de se retirer de l'entreprise, pour s'affranchir de cette charge, en renonçant à sa mise de fonds au profit de la société, qui demeure par là seule exposée aux pertes et périls résultant d'une telle entreprise. »

Dalloz a tiré de cet arrêt la conséquence que, dans *une société anonyme*, il pouvait être fait des appels de fonds au delà du montant de chaque action, pour subvenir aux dépenses excédant la fixation primitive du fonds social; que la délibération prise, à cet effet, par la majorité des actionnaires était obligatoire; et que la seule ressource des associés rebelles était de renoncer à leur mise.

D'autres auteurs l'ont analysé dans le même sens.

Mais comment ne s'est-on pas aperçu qu'il ne pouvait s'agir de société anonyme? L'arrêt de la cour de Nîmes est de l'an XII, antérieur de quelques années, conséquemment, au code de commerce, qui, le premier, a institué et réglé la société anonyme. Il s'agissait donc d'une société pure et simple. L'autorité publique n'y était pas intervenue. La cour de Nîmes, appréciant les ratifications tacitement données par les actionnaires aux actes de la majorité, en a bien pu conclure qu'ils étaient obligés de supporter la dette commune, et que, s'ils tenaient à s'en affranchir, ils devaient renoncer, non-seulement à la qualité d'associé, mais à la mise qu'ils refusaient de compléter. Aucune règle de droit ne s'opposait à cette solution équitable (**Add.** Troplong, n° 182).

442. Mais ce qui, dans l'espèce, était convenable et juste, le serait-il également dans le cas d'une société anonyme légalement formée? Une assemblée générale pourrait-elle astreindre les associés à des versements supplémentaires, et les frapper, faute d'obéir, de la déchéance de leurs droits primitifs? Non; ce pouvoir n'appartient pas aux assemblées générales. Quand le capital social a été fixé, s'il ne suffit pas à l'exécution des projets en vue desquels s'est organisée la société, la majorité ne peut imposer à la minorité des sacrifices nouveaux; elle ne peut surtout confisquer à son profit la mise des actionnaires qui craignent d'ajouter à leurs pertes. Le seul moyen légal de mettre un terme à des relations qui semblent devoir être stériles, c'est la dissolution. Quel ne serait pas le danger, si la majorité pouvait, à peine de déchéance, imposer à la minorité des obligations en dehors des termes des statuts? Aujourd'hui, l'utilité commune serait la cause des délibérations; demain, elle n'en serait que le prétexte; le caprice se substituerait à la règle; et les droits les plus certains se trouveraient compromis. Il n'en peut être ainsi. Le rôle des assemblées générales est de prendre des mesures pour le salut commun; mais il n'y a d'obligatoire que ce qui s'applique aux forces réelles de la société. Au delà, les délibérations ne peuvent être obligatoires sans le consentement unanime des associés. À quelque danger que la société soit exposée, et quelque nécessaire que soit la dépense votée par la majorité, il n'est pas permis de changer les conditions sous la foi desquelles s'est organisé le contrat. La résistance d'un seul est plus puissante que l'assentiment du grand nombre, parce que le grand nombre, qui peut disposer à son gré des éléments sociaux, n'en peut créer aucun; il ne peut augmenter le capital social, et, sous prétexte de gestion, frapper de contributions les actionnaires qui veulent rester dans la situation que le contrat leur a faite.

En somme donc les assemblées générales peuvent arrêter les dépenses, en voter de nouvelles, engager par des délibérations le capital social, changer le mode de la gestion et en modifier les éléments; mais elles doivent rester dans les limites des statuts et du fonds social. Toute dérogation aux clauses qui protégent les tiers et défendent l'ordre public, est expressément interdite; toute délibération contraire à ces règles est nulle, d'une nullité absolue.

443. Du principe que l'administrateur de la société anonyme est assimilé au mandataire, naissent les conséquences suivantes :

1° L'administrateur ne peut faire que les actes qui tiennent directement à l'administration; il ne peut aliéner, à moins que telle ne soit l'exécution de son

mandat ; s'il peut intenter des actions et y défendre, c'est uniquement dans les cas où elles se réfèrent à la gestion ; si les procès touchent à la propriété des immeubles sociaux, il a besoin d'autorisation spéciale ; il ne peut ni transiger, ni compromettre sans l'assentiment de la société.

2° L'administrateur est tenu d'accomplir son mandat tant qu'il en est chargé, et il répond des dommages-intérêts qui pourraient résulter de son inexécution (art. 1991 du code civil).

3° Il répond non-seulement de son dol, mais des fautes qu'il commet dans sa gestion, sauf à appliquer moins rigoureusement la responsabilité, si le mandat est gratuit (art. 1992 du code civil).

4° Il est tenu de rendre compte de sa gestion et de faire raison à la société de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il a reçu n'eût point été dû à la société.

5° Il répond de ceux qu'il s'est substitués dans la gestion, s'il n'a pas reçu pouvoir de se substituer quelqu'un, nu si, laissé libre sur le choix, il a pris une personne notoirement incapable ou insolvable.

6° S'il emploie à ses affaires personnelles les fonds de la société, il en doit l'intérêt du jour même de l'emploi ; il doit également l'intérêt des sommes dont il est reliquataire, mais du jour de la mise en demeure.

7° Enfin il est seulement responsable de l'exécution du mandat qu'il a reçu. Il ne contracte à raison de sa gestion aucune obligation personnelle ni solidaire, relativement aux engagements de la société.

Ainsi quelque contrat que fasse l'administrateur, et envers quelque personne qu'il s'oblige dans l'intérêt de la société, sa responsabilité personnelle est à couvert. La cour de Paris et la cour de cassation ont jugé, les 23 mai 1833 et 6 mai 1835 (Dalloz, XXXIII, 2, 229 ; XXXV, 1, 268), que l'avoué chargé d'occuper sur appel, pour une société anonyme procédant par son directeur gérant, n'avait pas d'action personnelle pour le payement de ses frais contre ce directeur :

« Attendu, porte l'arrêt de cassation, que le directeur d'une société anonyme, en chargeant un avoué d'occuper pour cette société dans un procès, ne fait qu'un acte de gestion, n'emportant contre lui aucune obligation personnelle ; que la société seule, obligée à raison du mandat qu'elle a donné, est seule tenue de rembourser les avances et frais faits pour son exécution ; qu'en le jugeant ainsi dans l'espèce, et rejetant la demande directement formée contre l'administrateur, l'arrêt a fait une juste application de l'art. 32 du code de commerce, et n'a point violé les art. 1998 et 1999 du code civil. »

C'est aux tiers, quand on leur propose un engagement, de s'enquérir des forces de la société et de mesurer à ses ressources le crédit qu'ils veulent lui faire ; c'est à eux, s'ils éprouvent des inquiétudes sur la solvabilité de la société, de réclamer de ses mandataires une hypothèque, un gage, une sûreté quelconque. La personne et la fortune de ceux-ci sont à l'abri de toute poursuite (**Add.** TROPLONG, n°s 454, 681 et suiv.).

444. Mais cette immunité n'est pas sans conditions : elle tient à l'exécution fidèle du mandat. Comme tout autre mandataire, le gérant de la société anonyme n'est inexpugnable que dans son mandat ; au delà, c'est pour son compte qu'il agit et s'engage. Si la société refuse de payer et prouve que l'engagement est étranger à ses affaires, il doit payer. Les tiers auxquels est déniée toute action contre la société, ont un recours légitime contre la personne avec laquelle ils ont traité.

445. Mais qu'arriverait-il si les actes de l'administration avaient pour objet et pour résultat de nuire aux créanciers ; par exemple, de leur enlever la meilleure partie du gage sur lequel ils avaient prêté ? Suffirait-il à l'administrateur poursuivi en dommages-intérêts qu'il alléguer et de prouver, pour échapper à toute responsabilité, qu'il n'a fait qu'accomplir les ordres de l'assemblée générale des actionnaires ?

446. Le 26 juillet 1828, le syndicat des receveurs généraux ouvre à la société anonyme du Creusot un crédit de 700,000 francs. Une hypothèque garantissait l'emprunt ; elle embrassait les établissements du Creuzot et de Charenton, les ateliers, forges, machines, outils, et généralement tous les immeubles par nature et par destination ; *le tout*, dit l'acte, *tel qu'il a été vu, visité et estimé par les ingénieurs et experts commis par le gouvernement, et dont le rapport original est déposé au ministère du commerce, le montant de laquelle expertise s'élève à 258,885 fr. 53 centimes.*

Dans cet inventaire figurait *une machine à vapeur, à basse pression et à double effet, de la force de 60 chevaux, et tous ses accessoires*, incorporée à l'usine de Charenton.

Une inscription fut prise régulièrement au nom des prêteurs, et dans des actes, passés en 1829 et 1833 pour expliquer ou limiter la convention de crédit, ils réservèrent expressément le bénéfice de l'hypothèque qui leur avait été conférée.

Cependant la société anonyme avait abandonné Charenton pour centraliser sa fabrication au Creuzot ; elle détache la machine à vapeur qui ne lui pouvait plus servir, et la vend, ruinant, à l'insu des prêteurs, le gage qu'elle leur avait donné.

La faillite déclarée, le syndicat apprend quelle violation ses droits ont soufferte. Il n'était pas payé, il s'adresse aux administrateurs par les soins desquels la machine avait été séparée de l'immeuble et vendue, réclamant contre eux une condamnation personnelle équivalente à la partie du gage dont ils l'avaient frustré.

Les administrateurs répondent qu'ils n'ont fait autre chose qu'exécuter les délibérations prises par l'assemblée générale des actionnaires ; que l'assemblée générale a prescrit de fermer l'usine de Charenton, et ordonné la mobilisation et la vente de la machine à vapeur ; qu'ils ne peuvent être responsables d'un fait dont ils ne sont pas les auteurs ; que tout au plus ils seraient coupables d'obéissance, d'un fait purement passif, et qu'en supposant, ce qui était fort contestable, que de la circonstance alléguée par le syndicat pût naître une action en indemnité, cette action devait remonter et s'appliquer à ceux qui, en ordonnant la vente, avaient causé tout le mal.

Le 20 décembre 1839, la cour royale de Paris prononce, et repousse la prétention du syndicat :

« Attendu que les administrateurs ont été fondés à agir comme ils l'ont fait, puisqu'ils étaient obligés de se soumettre à la volonté expliquée des actionnaires, lesquels ayant pouvoir, aux termes de l'art. 31 du code de commerce, de les révoquer, avaient nécessairement le droit de leur imposer leur volonté ;

« Que la loi n'a pas refusé aux sociétés anonymes, plus qu'aux autres sociétés, la faculté de modifier le mode de leur existence individuelle, et de changer le mandat des administrateurs ;

« Que les créanciers de la société de Charenton doivent s'imputer de n'avoir pas suffisamment veillé au maintien intégral de leur garantie, ce dont la loi leur offrait le moyen, soit en interrompant la démolition de la machine, soit en exigeant, à cause de cette démolition, le remboursement intégral fondé sur l'insuffisance de leur gage ;

« Que si, par suite de leur négligence, ils ne sont

pas déchus de tout recours contre la masse de leurs débiteurs, ils ne peuvent du moins, ni légalement, ni équitablement, attaquer personnellement les administrateurs de Charenton, à raison d'un fait que ces derniers n'avaient ni droit ni qualité pour empêcher. »

447. Rien ne semble, au premier aspect, prêter plus ample matière à la critique que cet arrêt. Quoi de plus injuste, en effet, peut être imaginé? Un créancier prête son argent, on lui donne en échange une garantie hypothécaire; et quand il dort sur la foi des traités, par une première délibération, on diminue la valeur de son gage; une seconde le mobilise, une troisième en ordonne la vente, et quand le créancier fait entendre ses plaintes, quand il réclame contre les administrateurs, dont le fait a consommé sa ruine, il leur suffit, pour écarter le danger, de s'abriter derrière des actes dont l'illégalité leur a été connue nécessairement, puisqu'ils connaissaient l'hypothèque, et savaient quelle diminution devait résulter des mesures dont ils étaient les instruments.

Mais, en y regardant de plus près, on est forcé de reconnaître que si l'équité murmure d'un tel résultat, la loi l'absout et le justifie. Et d'abord, en effet, comment atteindre un mandataire dont l'unique tort est d'avoir exactement rempli sa mission? Est-ce que le mandataire d'un simple particulier qui aurait accepté et accompli un mandat consistant à séparer d'un immeuble réel des immeubles fictifs, et à les vendre ensuite, pourrait être utilement attaqué par le créancier hypothécaire dont la garantie se trouverait ainsi compromise? Est-ce que la connaissance qu'il aurait eue de l'hypothèque aggraverait sa condition? Est-ce que, selon toutes les règles du droit, en prouvant le mandat, il n'échapperait pas à toute action? Il ne s'agit pas d'un de ces faits qui blessent l'ordre et la morale publique, mais d'une atteinte à l'intérêt privé, de la violation d'un contrat dont l'exécution se concentre entre les parties. La solidarité criminelle et civile ne peut naître que des délits. Or, ce qui serait vrai pour le mandataire d'un particulier ne peut pas ne pas être vrai pour l'administrateur d'une société anonyme. C'est un mandataire également, mandataire au même titre, aux mêmes conditions, irresponsable aussi quand il a été l'instrument passif des ordres qu'il a reçus, quelque dommage que les tiers en puissent ressentir.

Mais il faut aller plus loin, et dire que, dans le cas même où les mandants et les mandataires auraient dû être confondus et porter également la responsabilité des faits dénoncés par le syndical, aucune condamnation n'était possible.

Une société anonyme peut, comme une société collective, comme un particulier, disposer de son patrimoine, et tant qu'elle respecte les conditions essentielles de ses statuts, en ce qui intéresse l'ordre public et les tiers, son indépendance est entière. Elle n'est pas soumise à plus de gêne que les simples particuliers; elle n'est point exposée à d'autres actions que ceux-là. Or, qu'un particulier diminue d'une façon quelconque le gage hypothécaire qu'il a donné, qu'en résulte-t-il? qu'il sera passible de dommages-intérêts? Non, mais qu'aux termes de l'art. 2131 du code civil, le créancier pourra poursuivre son remboursement immédiat, ou réclamer un supplément d'hypothèque. Le syndicat n'avait pas d'autre droit. Créancier de la société anonyme, il n'avait d'action que contre la société, et c'est avec raison qu'une condamnation contre les associés personnellement lui a été refusée.

448. Il ne faudrait pas toutefois conclure de ces exemples que l'intervention des assemblées générales offrirait constamment un refuge aux administrateurs attaqués personnellement en dommages-intérêts. Si leurs actes étaient contraires aux statuts dans les dispositions qui touchent à l'ordre public et à l'intérêt des tiers, en telle sorte que les garanties sur la foi desquelles l'autorisation royale avait été donnée se trouvassent perdues, les administrateurs seraient assurément responsables du préjudice qu'ils auraient causé, par la violation de règles qu'ils doivent respecter comme la condition de leur existence. Les délibérations d'assemblées, s'il en était produit, pourraient bien constater un fait de complicité, et donner à l'action des tiers plus de portée; mais elles ne préserveraient pas les mandataires qui les auraient exécutées. Un fait illicite ne s'excuse point par un fait illicite.

Art. 33. Les associés ne sont passibles que de la perte du montant de leur intérêt dans la société.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 20. ... *Les actionnaires ne sont tenus que de la perte du montant de leurs actions.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 31. Conf. à l'art. 33 du code.

SOMMAIRE.

449. L'associé anonyme qui a payé sa mise, est à l'abri de toute demande.

450. Mais la cession faite de l'action avant le payement intégral du prix, ne libère pas le souscripteur.

450 2°. Quid *si les actions sont au porteur?* (TROPLONG, nos 176, 177.)

450 3°. Quid *si les titres sont nominatifs?* (TROPLONG, no 178.)

450 4°. Quid *dans le cas où, d'après les statuts, l'actionnaire en retard perd les versements par lui effectués et se trouve exclu de la société?* (TROPLONG, no 179.)

451. Dans quels cas y a-t-il novation?

451 2°. Quid *si la mise a été payée partie en argent, partie en billets?* (TROPLONG, no 171.)

452. Quand il a été stipulé qu'à défaut de payement à une époque indiquée, le souscripteur serait déchu de sa qualité d'associé, il ne peut invoquer cette stipulation contre les réclamations de la société. Arrêts des cours de Paris et de Toulouse, en sens contraire.

453. L'associé anonyme n'est pas sujet à la contrainte par corps : la souscription n'est pas un acte de commerce.

454. L'associé anonyme n'est pas tenu au rapport des dividendes qu'il a touchés.

455. Sa condition est la même que celle du commanditaire. Il faut également qu'il ait reçu de bonne foi.

456. La règle doit s'appliquer plus rigoureusement dans les sociétés anonymes que dans les sociétés en commandite, puisqu'il n'y a pas d'associé responsable, et que

les actionnaires eux-mêmes décident s'il y a lieu de répartir des bénéfices.

457. On suit pour la distribution les dispositions des statuts; à défaut, l'intention présumée des parties contractantes.

458. Il est d'usage de mettre une portion des bénéfices en réserve, pour les dépenses imprévues.

COMMENTAIRE.

449. L'associé anonyme n'est passible que de la perte de son apport. Quand il a versé dans la caisse sociale le prix de l'intérêt ou de l'action dont il est acquéreur, tous ses engagements sont remplis; mais rien ne peut le soustraire à cette obligation. Vainement il alléguerait, qu'usant d'un droit inhérent à la nature même de son titre, il en a fait cession, et chargé le cessionnaire d'acquitter sa dette envers la société : le souscripteur d'actions dans une société anonyme contracte une obligation personnelle qui ne peut s'éteindre que par un payement effectif, ou par quelque autre des moyens indiqués dans l'art. 1234 du code civil (**Add.** Troplong, nos 155, 157, 173, 176).

450. L'opinion contraire, embrassée par quelques auteurs, blesse à la fois les principes du droit les plus élémentaires, et le simple bon sens.

Elle blesse le droit : car la transmission faite par l'actionnaire de son intérêt dans la société, n'établissant de rapports nécessaires, quant au payement du prix, qu'entre le cédant et le cessionnaire, on ne peut opposer à la société un contrat auquel elle est étrangère; et, par la force de ce contrat, substituer au souscripteur qu'elle a choisi, et dont elle a accepté l'engagement, en échange des droits qu'elle lui conférait, un acquéreur d'une solvabilité nulle ou douteuse, que peut-être même elle ne connaît pas. Les conventions légalement formées ne peuvent être modifiées que du consentement unanime de ceux qui les ont faites.

Elle blesse le bon sens : car son inévitable effet est d'ouvrir une porte à la fraude. Si les actionnaires qui n'ont pas satisfait à leurs engagements pouvaient se donner quittance en aliénant leurs actions, il arriverait infailliblement que, du jour où les affaires de la société deviendraient difficiles, toutes les actions se trouveraient dans les mains de gens insolvables, et qu'au lieu d'un recouvrement assuré, les créanciers sociaux n'auraient en perspective que des procès sans résultat.

L'actionnaire qui vend ses actions avant d'en avoir soldé le montant, reste aussi étroitement obligé que l'acquéreur de meubles corporels ou d'immeubles l'est envers son vendeur, quand, avant le payement du prix, il a revendu ce qui faisait la matière de la convention (**Add.** Troplong, nos 173, 176, 188).

451. La novation suppléée au payement. Si l'actionnaire a signé, au moment de la souscription, des billets payables à terme, et que le gérant de la société consente à les lui rendre, en prenant à la place les engagements du cessionnaire, le cédant est libéré. C'est un nouveau débiteur substitué à l'ancien, et celui-ci, quoi qu'il avienne, ne peut plus être inquiété. La remise des billets vaut quittance, sauf à la société, s'il y a eu faute, c'est-à-dire, si, au moment où s'est opérée la novation, le cessionnaire n'était pas solvable, à réclamer, du gérant, à titre de dommages-intérêts, l'équivalent de la somme qu'elle perd (**Add.** Troplong, no 178).

452. Quelquefois, pour exciter la diligence des actionnaires, on exprime dans les statuts que le défaut de payement au terme stipulé, entraînera la déchéance des associés en retard, et qu'en outre, ils perdront les à-compte déjà payés par eux.

La cour de Paris (troisième chambre) a tiré de cette stipulation la conséquence que, du moment où le terme était expiré, l'actionnaire pouvait se refuser à compléter sa mise, et invoquer lui-même la déchéance, pour échapper à toute action.

Dans l'espèce, les statuts portaient :

« Les actionnaires en retard de payer leur mise intégrale, et qui n'auront pas satisfait aux appels de fonds dans le délai indiqué, seront déchus de leurs droits dans les bénéfices, et perdront en outre le premier cinquième de la somme pour laquelle ils auront souscrit. »

La cour a rejeté la demande formée contre l'actionnaire qui avait laissé s'écouler les délais sans payer :

« Considérant que cet article renferme, pour l'actionnaire en retard de payer la somme qu'il a promise, la clause pénale qu'il faut appliquer;

« Que les conventions valablement contractées sont la loi des parties et que Châtelain peut s'appuyer sur les dispositions de l'article 31 de l'acte social, sans lequel il aurait pu ne pas s'engager; qu'on ne peut alléguer l'intérêt des tiers qui, avant de contracter avec une société, doivent toujours s'enquérir bien précisément des statuts qui la régissent. »

Cet arrêt, rendu contre les conclusions du ministère public, est du 31 mars 1831 (Dalloz, XXXI, 2, 123).

La même question s'était présentée devant la cour royale de Lyon, le 31 janvier 1840 (Dalloz, XL, 2, 118), elle y a été résolue en sens inverse :

« Attendu que pour s'affranchir du payement de l'autre moitié de ses actions, l'appelant invoque l'article 9 des statuts sociaux, lequel portait, que les actionnaires qui n'effectueraient pas leurs versements aux époques fixées seraient déchus de leurs droits, et que les payements par eux faits seraient acquis à la société à titre d'indemnité; mais que ceux qui verseraient après ces mêmes époques auraient à tenir compte à la société de l'intérêt des sommes ainsi non payées à leur échéance, sur le pied de cinq pour cent; d'où le sieur Vielle, appelant, entend induire qu'il ne serait tenu qu'à subir la perte des 5,000 francs dont il a opéré le versement, mais non à verser encore les 5,000 francs formant l'autre moitié du capital des vingt actions qu'il avait soumissionnées;

« Attendu qu'évidemment c'est là une très-fausse interprétation de la clause des statuts sociaux, invoquée par l'appelant ; clause qui, stipulée entre les associés, avait eu pour unique but d'obliger plus efficacement tous les actionnaires à effectuer exactement, aux échéances convenues, le versement du capital de leurs actions;

« Qu'en lui attribuant le sens supposé par l'appelant, il faudrait pousser l'absurdité jusqu'à admettre que ceux des actionnaires qui, comme lui, payèrent partiellement le capital de leurs actions pendant l'existence de la société, mais qui ne firent que des versements proportionnels beaucoup moindres que les siens, n'auraient aujourd'hui rien à y ajouter, malgré la faillite du gérant; ou, en d'autres termes, que le capital à fournir pour chaque action soumissionnée, quoique fixé par les statuts sociaux, et devant être le même pour tous, aurait pu, après sa faillite, être amoindri arbitrairement au gré de chaque actionnaire, tandis qu'il est manifeste, au contraire, que tous indistinctement se trouvaient obligés envers les créanciers de la société jusqu'à concurrence de l'entier capital des actions par eux soumissionnées. »

Il n'y a pas à hésiter entre ces décisions. On ne peut que répéter avec la cour de Lyon, qu'il est ab-

surde de donner à des associés qui n'ont pas accompli leurs obligations, le droit d'invoquer, pour s'y soustraire, des stipulations faites contre eux, et dans l'intérêt exclusif de la société (**Add.** Troplong, n° 174).

453. Du reste, l'associé anonyme n'est pas plus que l'associé commanditaire sujet à la contrainte par corps pour le payement de ses actions. La qualité d'actionnaire ne le rend pas négociant, et ce n'est pas faire un acte de commerce que de s'intéresser dans une société anonyme pour une certaine somme. Nous renvoyons aux développements donnés sur cette question, au sujet des obligations du commanditaire. La position est identique.

454. C'est aussi une conséquence de cette identité de condition que l'associé anonyme ne soit pas tenu de rapporter les dividendes ou les intérêts qu'il a reçus, si, au moment où des sommes lui ont été remises à quelque titre que ce soit, les affaires de la société prospéraient, et si les dividendes ou les intérêts ont été prélevés sur des bénéfices réalisés.

Merlin, Favard de Langlade et Pardessus vont plus loin. Ils pensent qu'on ne peut, en aucun cas, exiger la restitution de ce que l'actionnaire a touché, et cela, parce qu'en outre des motifs applicables au commanditaire, la société anonyme n'engageant que les capitaux, aucune action n'est autorisée contre la personne des associés (**Add.** Troplong, n° 458).

455. C'est, il nous semble, donner à la règle une extension qu'elle ne comporte pas. La faculté accordée à l'associé commanditaire de conserver les bénéfices qu'il a reçus, lorsque le fonds social ne suffit pas au payement des dettes, est une dérogation au droit commun qui, confondant l'accessoire avec le principal, en fait également le gage des créanciers. Or, cette dérogation a pour cause la bonne foi du commanditaire, c'est-à-dire la juste et légitime opinion que l'état florissant de la société permet une distribution de bénéfices, et que le fonds social n'est point entamé par le prélèvement qui s'opère. Pourquoi donc exempter de cette condition l'associé anonyme? La forme de la société peut-elle, en aucun cas, autoriser les associés à s'emparer impunément d'une partie quelconque du capital social?

456. Il y a plus : dans la société en commandite, c'est le gérant qui décide s'il y a lieu de distribuer un dividende; et quand le commanditaire, se fiant aux résultats qu'on lui signale, n'en vérifie pas l'exactitude, s'il est prouvé plus tard qu'ils étaient mensongers, il est tenu de rapporter les sommes qu'il a reçues; il expie la faute du gérant ou sa négligence personnelle.

Dans les sociétés anonymes, au contraire, ce sont les actionnaires eux-mêmes qui, sur la proposition des administrateurs, ordonnent en assemblée générale la répartition des bénéfices; et on veut que, si on a supposé des gains imaginaires, ou si, cédant à l'apparence, on a escompté l'avenir, et, dans l'espoir de recouvrements prochains, entamé le fonds capital, les actionnaires soient à l'abri de la répétition!

Non, le sort de l'associé anonyme ne peut, en ce cas, différer de celui du commanditaire. Nous avons dit, et nous répétons que, pour justifier les distributions de dividendes et les rendre irrévocables, il ne suffit pas de la fausse opinion que les affaires de la société sont prospères; les actionnaires sont toujours disposés à s'exagérer les succès de l'entreprise dans laquelle ils sont engagés, et ce n'est guère en présence d'un dividende à recevoir, que l'incrédulité commence. A quels dangers ne seraient pas exposés les tiers, si les actionnaires pouvaient, sans inconvénient pour eux, substituer aux calculs rigoureux de la comptabilité commerciale des illusions intéressées.

Dans la société anonyme, comme dans la société en commandite, c'est un principe fondamental, sacré, que le fonds social doit être entièrement et exclusivement appliqué à l'extinction des dettes sociales. Toute disposition qui ne tend pas à ce but est frauduleuse et nulle. Les actionnaires qui ont reçu un dividende, quand il n'y avait pas de bénéfices, ou quand les bénéfices espérés ne se sont pas réalisés, sont donc tenus de les rapporter; car la somme qu'ils ont touchée, à titre de bénéfices, est une partie du fonds social; et il faut d'autant mieux appliquer la règle, que, dans les sociétés anonymes, aucun associé n'est responsable au delà de son apport. Quand le fonds social est épuisé, il n'y a plus de ressources pour les créanciers. Qui voudrait se fier à la solvabilité des sociétés anonymes, s'il passait en règle qu'une folle présomption des forces de la société autorise les actionnaires à se partager le plus clair de son actif, et qu'en y substituant des créances d'un recouvrement impossible, ils sont à l'abri de toute répétition?

Quant à la difficulté de retrouver les parties prenantes, difficulté commune aux sociétés en commandite, dont le capital est divisé en actions, elle tient au fait et non au droit; et, ce que nous voulons constater, c'est le droit des créanciers d'exiger le rapport à la caisse sociale des sommes qui en ont été détournées à leur détriment. Les difficultés de l'exécution n'affectent pas le droit.

457. Les bénéfices réels se répartissent dans la proportion relative de la valeur des actions au capital social. Si toutes les actions ne sont pas de la même nature, que les unes aient été créées à prix d'argent, les autres comme rémunération de l'apport du fondateur, on suit les règles établies par le contrat; à défaut, on consulte l'intention présumée des parties, et s'il apparaît que, dans leur opinion, les actions industrielles équivalaient aux actions payantes, la répartition se fait également.

Les statuts déterminent les justifications à fournir par les actionnaires pour toucher le dividende qui leur est attribué.

458. Il est d'usage dans les sociétés bien administrées de ne pas distribuer chaque année tous les gains recueillis : une partie est mise en réserve pour parer aux cas imprévus, et faire les dépenses, s'il en survient, sans imposer aux associés une privation plus ou moins longue de dividendes (**Add.** Troplong, n° 465).

Art. 34. Le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'action d'une valeur égale.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 20. *La société par actions est anonyme* (*a*).
PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 32. Conf. à l'art. 34 du code.

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE METZ. — Art. 20. On propose l'addition de cette disposition :

« Toutes autres sociétés par actions, sous le nom d'un ou de plusieurs associés, sont de la classe des sociétés en commandite, et soumises aux principes et aux règles établies par les art. 15 et 16. »

Art. 35. L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur ; dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 33. Conf. à l'art. 35 du code.

Art. 36. La propriété des actions peut être établie par une inscription sur les registres de la société.

Dans ce cas, la cession s'opère par une déclaration de transfert inscrite sur les registres, et signée de celui qui fait le transfert ou d'un fondé de pouvoirs.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 34. Conf. à l'art. 36 du code.

SOMMAIRE.

459. Les sociétés par actions datent, en France, de Louis XIV.
459 2°. *Les actions peuvent être divisées elles-mêmes en coupons d'action* (TROPLONG, n° 130).
459 3°. *Des promesses d'actions* (TROPLONG, n° 131).
459 4°. *Des diverses espèces d'actions* (TROPLONG, n° 132).
459 5°. *Actions de capital et actions* industrielles (TROPLONG, n° 133).
459 6°. *Suite* (TROPLONG, n° 134).
459 7°. *Actions* payantes *et* non payantes (TROPLONG, n° 135).
459 8°. *Actions de* jouissance (TROPLONG, n° 136).
459 9°. *Actions de* fondation (TROPLONG, n° 137).
459 10°. *Actions de* prime (TROPLONG, n° 138).
459 11°. *Pour empêcher la confusion entre ces actions, on établit deux séries* (TROPLONG, n° 139).
459 12°. *La division d'un capital social par actions n'est pas particulière aux sociétés de commerce* (TROPLONG, n° 143).
460. Ce n'est pas faire acte de commerce que de souscrire pour une action dans une société anonyme.
461. L'action est réputée meuble tant que la société dure, alors même que la société posséderait des immeubles.
461 2°. *Prétention soulevée par la régie de l'enregistrement, à l'occasion de l'article 529 du code civil* (TROPLONG, n° 141).
461 3°. *Autre* (TROPLONG, n° 142).
462. A la dissolution de la société, l'action prend la nature des objets auxquels elle s'applique.
463. Exception pour les actions de la banque de France.
463 2°. *Forme des actions. Il y en a de* nominatives ; *il y en a* au porteur (TROPLONG, n° 144).
464. La cession de l'action au porteur s'opère par la seule tradition du titre.
465. L'action nominative se transmet par une inscription sur les livres de la société.
466. La cession confère au cessionnaire tous les droits du cédant, et le soumet en même temps à ses obligations.
467. Si les statuts disposent que le cessionnaire n'aura pas voix délibérative, la stipulation est licite.
468. On peut également stipuler qu'en cas de vente la préférence appartiendra aux associés.
469. Lorsque les actions sont au porteur, l'associé ne peut user de ses droits sans représenter ses titres ; il allèguerait en vain qu'il les a perdus.
470. Il en est autrement quand il a été dépouillé par un vol judiciairement constaté ; il peut, en donnant des garanties, réclamer des titres nouveaux. Arrêt de la cour de cassation conforme.
470 2°. *Une fois le capital social formé, rien ne peut porter atteinte aux combinaisons qui l'ont constitué* (TROPLONG, n° 181).
470 3°. *Il ne peut être augmenté contre le gré des associés. Des appels de fonds* (TROPLONG, n° 182).
470 4°. *Suite* (TROPLONG, n° 183).
470 5°. *Suite* (TROPLONG, n° 184).
470 6°. *Des clauses de l'acte social qui ont pour but de faire face à des besoins imprévus* (TROPLONG, n° 185).
470 7°. *Avantages* (TROPLONG, n° 186).
470 8°. *Combinaison propre à tout concilier* (TROPLONG, n° 187).
470 9°. *Suite* (TROPLONG, n° 188).
470 10°. *Le capital social ne peut être diminué. Il est le gage des tiers* (TROPLONG, n° 189).
470 11°. *Suite* (TROPLONG, n° 190).
470 12°. *Du cas où l'acte de société porte qu'en attendant que la société procure des résultats, les associés toucheront les intérêts de leurs mises à partir des versements* (TROPLONG, n° 191).
470 13°. *Suite* (TROPLONG, n° 192).
470 14°. *Combinaison qui retranche une partie du capital pour faire une loterie* (TROPLONG, n° 193).

COMMENTAIRE.

459. La division par actions du capital social, date, en France, des grandes compagnies organisées sous Louis XIV pour le commerce maritime : on ne rencontre du moins dans l'histoire aucun fait an-

térieur auquel puisse se rattacher avec certitude cette innovation si pleine d'avantages et de périls : d'avantages, en ce qu'elle a permis aux moindres fortunes de s'accroître par les résultats des grandes spéculations commerciales ou industrielles ; de périls, en ce qu'elle donne aux combinaisons de la fraude et de l'agiotage un inépuisable aliment (**Add.** Troplong, n° 129).

460. Prendre une action dans une société anonyme, ce n'est pas faire acte de commerce, nous l'avons déjà dit : nous en tirons la conséquence que la capacité requise pour la validité des actes de commerce ne peut être exigée de l'acquéreur d'actions. Ainsi, le mineur émancipé, la femme séparée de biens, peuvent consacrer leurs capitaux à l'achat d'actions, et ces achats, irrévocables pour la femme quand elle en a payé le prix, sont irrévocables aussi pour le mineur émancipé, s'il n'y a pas d'excès, c'est-à-dire, s'ils sont en rapport avec sa fortune. (Voir *Prolégomènes*, p. 431 et suiv.)

461. L'action représente le droit de l'associé dans la chose sociale ; aux termes de l'art. 529 du code de commerce, elle est réputée meuble, tant que dure la société, alors même que des immeubles appartiendraient à l'être collectif. C'est qu'en effet, tant que la société vit, les associés n'ont qu'une espérance : la propriété réside en la société. C'est la société, être moral, indivisible, qui possède ; c'est à la société qu'appartiennent exclusivement les fruits ; c'est sur la société que les charges pèsent ; la société réunit tous les droits et tous les devoirs. Il n'y a donc pour les associés individuellement qu'un droit incorporel, une éventualité, quelque chose de mobilier conséquemment, et dont le résultat dépend de l'usage que la société fera de son droit.

Si donc la société vend, l'espérance s'éteint ; et l'acquéreur n'est pas tenu de remplir envers chaque actionnaire les formalités que la loi prescrit, afin de purger les hypothèques ; il suffit qu'il purge sur l'être collectif avec lequel il a traité (**Add.** Troplong, n° 140).

462. Mais, à la dissolution de la société, tout change de face : le droit collectif s'éteint et fait place aux droits individuels. Il n'y a plus alors de fiction, l'être moral a disparu. L'action revêt la nature des objets auxquels elle s'applique ; mobilière, si l'actif est exclusivement mobilier, elle devient immobilière, si des immeubles existent dans le patrimoine de la société dissoute. A ce moment, le droit se matérialise. La propriété se fixe sur la tête de chaque associé, ou, pour parler plus exactement, de chaque propriétaire, car il n'y a plus d'associé ; à ce moment aussi, commence, en cas de vente aux tiers, la nécessité de remplir envers tous et chacun des vendeurs les formalités hypothécaires.

463. Un acte du gouvernement, du 16 janvier 1808, a fait une exception à la règle consacrée par le code civil, art. 529, en permettant aux actionnaires de la banque de France de conférer à leurs actions la qualité d'immeubles.

Cet acte porte que « ceux qui voudront user de « cette faculté en feront la déclaration dans la forme « prescrite pour les transferts. Cette déclaration une « fois inscrite sur le registre, les actions immobilières « resteront soumises au code civil et aux lois des « priviléges et hypothèques, comme les propriétés « foncières ; elles ne pourront être aliénées, et les pri- « viléges et hypothèques être purgés, qu'en se con- « formant au code civil et aux lois relatives aux pri- « viléges et hypothèques sur la propriété foncière. » (**Add.** Troplong, n° 140.)

464. Si l'action est établie sous la forme d'un titre au porteur, la cession s'opère par la tradition du titre. (**Add.** Troplong, n° 145.)

465. Si elle est établie par une inscription sur les registres de la société, nominative par conséquent, la cession s'opère par une déclaration de transfert, inscrite sur les registres et signée de celui qui fait le transport ou d'un fondé de pouvoirs (**Add.** Troplong, n° 145).

466. Mais de quelque façon que la transmission ait lieu, elle a pour effet immédiat de subroger le cessionnaire dans tous les droits et devoirs du cédant.

Si des prélèvements sont attachés au titre, le cessionnaire en jouit ; s'il y a des charges à acquitter, il est grevé de cette obligation. Il a sur l'actif immobilier les mêmes espérances qu'avait son auteur. (**Add.** Troplong, n° 180.)

467. Rien n'empêcherait cependant qu'il ne fût stipulé, dans les statuts, que le cessionnaire n'aurait pas voix délibérative dans les assemblées, ou qu'il ne l'aurait qu'après un certain temps. Ces précautions, suggérées par le sentiment de la conservation, et pour empêcher que l'ardeur des intérêts nouveaux, ou la malveillance ne jettent le désordre dans des affaires jusque-là paisiblement réglées, n'auraient rien de contraire à la loi.

468. On peut encore stipuler, dans les statuts, qu'en cas de vente, les associés originaires auront la faculté de retirer l'action vendue, en en payant le prix. Mais c'est là un droit excessif, et qui ne peut être exercé que de la manière formellement prévue par la convention.

469. Lorsque les actions sont au porteur, l'associé qui veut exercer les droits qui en dépendent, est tenu de les représenter. Il n'y a pas, en effet, d'autre moyen de justifier sa qualité. La probabilité, s'il ne les produit pas, c'est qu'il a cessé d'en être propriétaire. Vainement alléguerait-il qu'il les a perdues, la société n'a point à discuter des allégations plus ou moins vraisemblables, elle ne doit qu'aux actions ; l'associé qui n'a plus ses titres, est sans qualité pour réclamer quoi que ce soit, à titre d'intérêt ou de bénéfices.

Un arrêt de la cour de Paris, du 22 juillet 1836, l'a ainsi jugé :

« Considérant que la propriété des actions au porteur se transmet par la simple tradition du titre ; que, dès lors, celui qui ne peut représenter le titre, n'en est plus réputé propriétaire à l'égard du débiteur, lequel, ne devant qu'au titre, ne doit qu'à celui qui le représente ;

« Qu'une société qui établit ses actions sous la forme de titres au porteur, a voulu, par là, se dispenser de suivre la transmission successive des titres entre les mains des divers débiteurs, et éviter de prendre part aux contestations qui pourraient s'élever sur la possession de ces titres ; qu'elle a voulu aussi assurer la libre circulation de ses actions, et que c'est sous la foi de ces engagements respectifs, que la société a été formée ;

« Que celui qui a consenti à prendre des actions au porteur, a su que la société n'était obligée qu'au titre, et a volontairement couru les risques de la perte ; que, pour exercer son action contre le détenteur du titre qu'il a perdu, il peut, sans doute, prendre telles mesures conservatoires qui n'entraveront pas les opérations de la société ;

« Mais, qu'à moins qu'il ne prouve que le titre a péri entre ses mains, il n'a aucune action contre la société, soit pour s'en faire reconnaître propriétaire, soit pour s'en faire payer conditionnellement les dividendes, et ne peut engager ainsi la société dans des mesures que les statuts n'autorisent pas, et dans des contestations qu'elle a voulu éviter, avec les porteurs qui pourraient se présenter. » (Dalloz, XXXVII, 2, 10.)

170. Mais, si l'actionnaire articule et prouve qu'il a été dépouillé par un vol, et s'il offre de donner à la société de suffisantes garanties, pour le cas où les actions volées seraient représentées, en sera-t-il de même ?

La cour de Paris a jugé qu'en ce cas, l'actionnaire pouvait réclamer des titres nouveaux, et le pourvoi formé contre l'arrêt a été rejeté le 15 novembre 1841 (Dalloz, XLII, 1, 18).

« Attendu que le fait de l'acquisition des actions avait constitué le défendeur, actionnaire et propriétaire des dettes actives ;

« Qu'il n'avait pas perdu cette qualité, par la privation résultant du vol à lui fait, et constaté par arrêt de cour d'assises. »

Cette solution est juste. Quand la force majeure est prouvée ; quand personne ne représente les actions, et que l'actionnaire dépouillé se soumet à donner à la société des garanties contre le danger de payer deux fois, il n'y a pas d'inconvénient à lui rendre sa position originaire. Le système contraire n'aurait d'autre résultat que de conférer à la société le profit éventuel du vol ; il blesse la raison et l'équité.

Art. 37. La société anonyme ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue ; cette approbation doit être donnée dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 20, 5e alinéa. *Elle ne peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement (a)...*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 35. *La société anonyme ne peut exister qu'autant qu'elle a obtenu l'autorisation du gouvernement, et son approbation pour l'acte qui la constitue.*

Art. 36. *Le gouvernement n'accorde son autorisation à une société, qu'autant qu'elle est constituée conformément à la présente loi.*

Art. 37. *Le gouvernement peut refuser son approbation, si l'objet de l'entreprise lui paraît manquer de réalité ou d'une consistance suffisante.*

Art. 38. *Le gouvernement peut révoquer son autorisation si les règlements constitutifs ne sont pas observés, si le capital annoncé n'est pas réalisé dans les délais fixés, si la société est en faillite, si elle a subi une condamnation pour fait de fraude ou actes contraires à la bonne foi du commerce (b).*

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE PARIS. — Ce que l'article 20 présente de plus remarquable, c'est qu'il y est dit qu'une société par actions ne peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement.

On est surpris de cette disposition, qui fait intervenir le gouvernement dans les sociétés commerciales ; il semble qu'en général le rôle du gouvernement à l'égard du commerce, est de le protéger, sans se mêler de ses affaires. Quand l'objet d'une société commerciale aura un point de contact avec l'ordre public et intéressera de fait le gouvernement, il faut supposer que les associés auront assez de sens pour demander son aveu ; la prudence même les y invite ; mais on ne croit pas qu'il soit à propos de leur en faire un devoir, c'est établir une règle qui promet peu d'utilité et peut être sujette à de graves inconvénients.

D'après toutes ces observations, on propose de rédiger ainsi l'article :

« La société par actions n'est connue que par une qualification relative à son objet ; son capital se forme par un nombre déterminé d'actions ; elle est régie par des administrateurs, qui sont actionnaires ou salariés ; les actionnaires ne sont tenus que de la perte du montant de leurs actions.

« Si la société par actions a une raison sociale, elle rentre dans la classe des sociétés en commandite. »

TRIB. DE CAEN. — Art. 20. Les rédacteurs du projet, dans la composition de cet article, ont eu en vue les grands établissements, tels que la banque de France et les anciennes compagnies de commerce. Mais l'article, tel qu'il est rédigé, aurait beaucoup trop d'extension, et présenterait des résultats funestes.

Il en résulterait, en effet, que le négociant qui fait des armements dans un port, que l'homme industrieux qui élève une manufacture avec le secours de quelques actionnaires ou intéressés, ne pourraient rien entreprendre sans avoir obtenu l'autorisation du gouvernement, qui n'a aucun intérêt de se mêler de ces opérations particulières, et qui certes n'a pas l'intention d'apporter de pareilles entraves au commerce.

Il faudrait, en temps de guerre, que l'armateur, après avoir obtenu du gouvernement des lettres de marque pour courir sur les ennemis de l'État, sollicitât une seconde permission, à l'effet de partager, avec des intéressés, les risques d'une expédition dont il ne voudrait point supporter seul tout le fardeau ; et c'est ce que n'ont jamais exigé les anciens règlements.

Les règles à établir pour ces grandes sociétés par actions, qu'on peut regarder en quelque sorte comme nationales, ne peuvent s'étendre aux établissements particuliers de commerce et de manufacture, dont la liberté est le premier élément, et dont rien ne doit retarder la marche.

L'article 20 paraît donc devoir être restreint aux établissements qui, par l'étendue de leurs opérations et leur influence directe sur le crédit national, ou sous des rapports politiques, intéressent l'ordre public, appellent l'attention du gouvernement, et doivent obtenir son aveu.

TRIB. DE DIJON. — Art. 20. La société en actions... ne peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement.

Les sociétés par actions peuvent être d'autant plus utiles, que les capitaux qui autrefois vivifiaient le commerce ont disparu ; mais pour cela il faut qu'elles soient indépendantes de toute autorité autre que celle de la loi. Après les atteintes trop réitérées portées au crédit public, soit dans les temps anciens, soit dans les temps modernes, quelle confiance aura-t-on dans un établissement dont l'action pourra, d'un moment à l'autre, être paralysée par la seule volonté du gouvernement, que l'intrigue aura surpris ?

Que la société par actions ne soit donc pas comprise au nombre des sociétés commerciales, ou que la loi seule les autorise.

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DU TRÉPORT. — Art. 20. Nous estimons qu'en exigeant que la société par actions soit autorisée par le gouvernement, ce serait s'exposer à mettre des entraves dans les opérations de commerce, notamment dans celles du commerce maritime.

TRIB. D'ABBEVILLE. — Art. 20. La société par actions peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement, notamment lorsqu'il s'agit d'actions à prendre sur un navire.

TRIB. DU HAVRE. — Art. 20. La société par actions est anonyme, etc.

Elle ne peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement.

... Les actionnaires ne sont tenus que de la perte du montant de leurs actions.

TRIB. DE BAYONNE. — Art. 20. Il est difficile de se rendre raison du motif qui voudrait assujettir les sociétés dont il s'agit dans cet article, à l'autorisation préalable du gouvernement. Le commerce, par sa nature, ne saurait prospérer qu'autant qu'il jouira d'une grande liberté, et qu'on ne l'assujettira qu'à des obligations faciles, qui puissent promptement être exécutées ; il serait donc au moins dangereux que les sociétés par actions, qui, de leur nature, sont momentanées et ne portent que sur des opérations dont l'à-propos et la célérité peuvent seuls y donner lieu, dépendissent d'une autorisation du gouvernement, qui traînerait nécessairement en longueur, et ferait manquer le moment favorable. D'ailleurs, on le répète, le commerce ne peut prospérer qu'autant qu'il sera exempt de formes et d'entraves : on pourrait assujettir à l'autorisation du gouvernement, seulement les grandes sociétés d'entreprises, comme d'une banque, d'une grande compagnie pour faire un commerce exclusif, etc., afin que la foi publique ne fût pas exposée à être la victime de quelques intrigants.

TRIB. DE GENÈVE. — Art. 20. La société par actions ne peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement.

Cette clause est sage et bienfaisante dans tous les cas où il s'agit d'entreprises vastes, d'un intérêt général, et auxquelles des individus étrangers les uns aux autres sont invités à prendre part ; mais il s'en présente souvent dans lesquelles il convient de s'associer par actions, et où l'intérêt est circonscrit dans un cercle resserré d'affaires et d'individus, et qui, par conséquent, n'appartiennent plus à l'intérêt public ; l'intervention du gouvernement nuirait, dans ces cas particuliers, à la célérité d'action, et à la liberté dont le commerce doit jouir. Cette observation n'aura pas échappé aux négociants des ports de mer, qui sont appelés fréquemment à faire des associations par actions, soit pour des expéditions maritimes, soit pour des assurances. Pour concilier ici l'intérêt public avec l'intérêt particulier, on propose que l'intervention du gouvernement soit limitée par le nombre des actionnaires et par les sommes.

Ainsi, par exemple, elle ne serait pas nécessaire dans toute société qui aurait moins de deux cents actionnaires, et dont le capital n'excéderait pas un million.

« Les actionnaires ne sont tenus que du montant de leurs actions. »

Le même principe développé à l'art. 16, sur l'obligation où doivent être les commanditaires de rapporter les bénéfices qui peuvent leur avoir été répartis au préjudice des créanciers de leur société, trouverait ici son application ; mais on ne l'étendrait pas aux sociétés par actions autorisées par le gouvernement, parce que les conditions de celles-ci ont alors une telle publicité, que ceux qui contractent avec elles sont censés en connaître toutes les clauses.

Il n'est que trop connu que les actes de société mal rédigés donnent naissance à un grand nombre de difficultés ; pour faciliter aux négociants de tout état l'usage des notaires dans la rédaction de leurs actes de société, on propose de stipuler dans cet article « que les actes publics pour faits de société, ne seront point sujets au droit proportionnel d'enregistrement, mais qu'ils payeront le droit fixe d'un franc, quelles que soient les sommes et valeurs énoncées dans ledit acte. »

TRIB. DE DIJON. — Art. 20. « La société par actions est anonyme.

« Elle n'est connue que par une qualification relative à son objet.

« Son capital se forme par un nombre déterminé d'actions.

« Elle est régie par des administrateurs, qui sont actionnaires ou salariés.

« Elle ne peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement.

« Les actionnaires ne sont tenus que de la perte du montant. »

On présume que, dans cet article, les commissaires rédacteurs ont eu en vue les établissements de banque, qui ne peuvent en effet exister sans l'autorisation du gouvernement, parce que c'est cette autorisation qui rassure le public sur la moralité et la solvabilité des actionnaires ; mais sera-t-il loisible de former par actions des compagnies de commerce sans l'autorisation du gouvernement ? C'est une question à décider ; et il semblerait que les commissaires rédacteurs ne devaient en faire un article du projet du code, qu'après que le corps législatif y aurait prononcé. Nous nous permettrons néanmoins de dire qu'aujourd'hui que les capitaux qui animaient le commerce ont disparu, les sociétés par actions deviennent d'autant plus nécessaires, qu'il y a moins de capitaux entre les mains des commerçants, et qu'il serait plus utile de les encourager que de les entraver.

TRIB. DE SAINT-BRIEUC. — Art. 20. La disposition qui soumet à l'autorisation du gouvernement toutes les sociétés par actions en général, peut devenir dangereuse pour le commerce. Qu'on y soumette celles qui ont pour objet des établissements de banque ; à la bonne heure, l'intérêt général l'exige. Il serait imprudent d'admettre dans la société des billets dont le gage et les actionnaires ne seraient pas parfaitement connus. L'autorisation du gouvernement devient en ce cas une garantie pour le public, et justifie sa confiance. Mais qu'on soumette à cette autorisation toutes les sociétés par actions en général, c'est entraver la liberté du commerce et le triomphe de l'industrie. En temps de guerre, on sait que les corsaires ne s'arment que par actions. En temps de paix, les grandes entreprises, soit dans l'Inde, soit dans l'Amérique, soit dans les échelles du Levant, ne s'exécutent qu'avec plusieurs vaisseaux, de riches et nombreuses cargaisons, et en fondant même des établissements sur les lieux. Les dépenses de ces établissements sont au-dessus des forces d'un simple particulier : de simples sociétés même n'y suffiraient pas ; elles ne pourraient y réussir avec leurs faibles moyens, et nos voisins profiteraient de nos revers et de notre impuissance. La réunion seule de plusieurs actionnaires peut en assurer le succès. Dans l'intérieur, les grandes manufactures qui demandent de fortes avances, et ne promettent de bénéfice qu'après un certain temps, ne peuvent guère aussi être tentées que par le secours des actions.

Ces entreprises lointaines, ces établissements intérieurs qui nous délivrent du joug de l'étranger, le soumettent lui-même à notre industrie, et appellent chez nous les richesses, font la prospérité d'un État et la gloire d'un gouvernement. Loin donc d'entraver des réunions si précieuses, il devrait, au contraire, les encourager de toute sa force ; il le devrait d'autant plus, que la révolution ayant fait disparaître du commerce les capitaux qui l'animaient avant cette époque, il devient plus nécessaire que jamais d'y appeler tous les Français en général, et de faire verser dans ces utiles entreprises l'or qui reste inutilement dans leurs mains. Loin de leur embarrasser l'entrée de la carrière, il doit au contraire la leur ouvrir dans toute son étendue. Par ces raisons, nous croyons que la loi ne doit soumettre à l'autorisation du gouvernement que les sociétés par actions qui auraient des établissements de banque pour objet.

TRIB. DE MARSEILLE. — Art. 20. Il se forme tous les jours parmi les négociants des sociétés anonymes et par actions.

Pourraient-ils donc ne s'associer ainsi qu'avec l'autorisation du gouvernement ?

Cette méprise des rédacteurs du projet pourrait donner lieu à des procès.

Il faut les prévenir en supprimant le paragraphe qui la renferme.

Les raisons de la correction de la dernière partie de cet article 20, sont les mêmes que celles énoncées sur l'art. 16.

TRIB. DE NANCY. — Art. 20. On reproche, dans quelques ouvrages publiés sur le projet du code, des définitions qui ne sont ni nécessaires ni législatives. Le comité remarque que cela s'applique au titre III *des Sociétés*. Il s'arrête à la troisième disposition de l'article 20, qui veut qu'une société par actions ne puisse avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement. On conçoit la nécessité de cette autorisation dans les grandes entreprises, qui tiennent immédiatement à des intérêts publics du premier ordre, et dont les actions peuvent être mises dans la circulation ; telles sont les compagnies des Indes, d'Afrique, des eaux de Paris ; mais, dans le fond d'un département, l'entrepreneur d'une manufacture, d'une usine, partage en actions l'intérêt que des bailleurs de fonds peuvent prendre à son entreprise ; le comité n'aperçoit rien dans cette association qui rende nécessaire l'autorisation du gouvernement. Cette intervention semblerait contraire à la liberté du commerce. C'est le sentiment de l'assemblée.

TRIB. DE ROCHEFORT. — Art. 20. Il semblerait résulter du cinquième paragraphe de cet article, qu'un particulier ne pourrait établir une manufacture ou faire un armement par actions, sans y être autorisé par le gouvernement. Nombre d'opérations, maritimes surtout, souffriraient de cette disposition ; il en est qui doivent s'effectuer aussitôt qu'elles sont conçues, et l'approbation du gouvernement pourrait se faire attendre parfois.

TRIB. DE STRASBOURG. — Art. 20. Il s'est élevé des doutes sur la nature de la société par actions ; elle paraît pouvoir exister sans l'autorisation du gouvernement ; c'est

pourquoi la rédaction suivante est proposée pour cet article :

« La quatrième espèce de société est celle qui se fait par actions. Lorsqu'elle est anonyme, et qu'elle n'est connue que par une qualification relative à son objet, elle peut avoir lieu sans l'autorisation du gouvernement. »

Cette nouvelle rédaction est motivée sur la possibilité qu'il existe des sociétés par actions qui ne seraient pas anonymes; dans ce cas la nécessité de l'intervention du gouvernement ne serait-elle pas une violation de la liberté du commerce?

Trib. de Saint-Malo. — Art. 20. L'autorisation du gouvernement, requise par le § 3, ne sera sans doute nécessaire que pour les grandes compagnies d'actionnaires, privilégiées et exclusives, en cas que leur établissement soit jugé avantageux.

Si l'on étendait cette disposition, on donnerait des chaînes au commerce, qui ne prospère qu'au sein de la liberté.

(*b*) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Treilhard demande pourquoi l'on exigerait l'autorisation du gouvernement, dans une affaire qui est toute d'intérêt particulier; jamais elle n'a été nécessaire pour former une société de commerce.

Regnaud (de Saint-Jean-d'Angely) répond que la société anonyme est d'une institution trop récente pour que toutes les règles auxquelles il convient de l'assujettir aient encore été établies.

Cette société est très-utile lorsqu'il s'agit d'une grande exploitation et d'une grande entreprise; elle fait trouver des capitaux que l'on n'obtiendrait peut-être pas de toute autre manière. Mais il ne faut pas se dissimuler que, sans une surveillance très-exacte, ce mode de former une compagnie peut donner lieu à beaucoup de fraudes. Le chef du gouvernement a été tellement frappé de cet inconvénient, qu'il a déjà donné ordre au ministre de l'intérieur de lui faire un rapport sur toutes les associations de cette nature qui existent actuellement, et de soumettre à son approbation les actes qui les constituent. Et certes il ne faut que se rappeler ce qui est arrivé à diverses époques à de grandes associations, qui ont eu une influence plus ou moins grande, plus ou moins funeste sur le crédit public, et même sur les fortunes particulières, pour sentir l'utilité de la règle qu'on propose.

Treilhard dit que, sans doute, l'intervention du gouvernement est nécessaire quand, dans son objet, la société anonyme a quelque rapport avec l'ordre public et avec l'État; mais qu'on peut s'en rapporter aux particuliers du soin de discerner si la société a besoin d'être autorisée par le gouvernement, car, pour peu qu'ils aient de doute, ils ne manqueront pas de prendre cette précaution.

Le système opposé conduit à donner au gouvernement des entraves. En effet, l'art. 88, qui se lie à l'art. 85, limite les cas où le gouvernement pourra révoquer son autorisation. Il faut au contraire lui laisser, dans toute sa latitude, le droit qu'il a essentiellement de défendre toute société, toute entreprise qu'il juge être devenue nuisible.

L'Archichancelier dit qu'il est impossible d'admettre cette distinction entre les entreprises qu'il importe de surveiller et celles qu'on peut abandonner à elles-mêmes. L'ordre public est intéressé, dans toute société qui se forme par actions, parce que trop souvent ces entreprises ne sont qu'un piége tendu à la crédulité des citoyens. Point de doute qu'une société qui travaille sur ses propres fonds, n'ait pas besoin d'autorisation; mais si elle forme ses fonds par des actions mises sur la place, il faut bien que l'autorité supérieure examine la valeur de ces effets, et n'en permette le cours que lorsqu'elle s'est bien convaincue qu'ils ne cachent pas de surprise.

Defermon dit que déjà il est décidé qu'aucune banque ne peut s'établir sans l'autorisation du gouvernement; la question est donc préjugée pour toute entreprise par actions, car il y a parité de motifs.

Treilhard dit que du moins il ne faut pas limiter le pouvoir du gouvernement par des règles aussi précises que celles qu'on trouve dans les art. 37 et 38.

Bigot-Préameneu pense qu'on devrait se borner à l'art. 35 et retrancher les art. 36, 37 et 38.

Les art. 36, 37 et 38 sont retranchés.

SOMMAIRE.

471. Les sociétés anonymes exigent dans leur formation une surveillance particulière.
472. Dès l'an IX, on avait résolu d'en faire une classe distincte.
473. Cette idée a été adoptée par le code : la société anonyme ne peut exister sans autorisation du gouvernement.
473 2°. *Il faut même que les statuts soient approuvés* (Troplong, n° 460).
474. Une circulaire ministérielle de 1817 règle en quelle forme l'autorisation doit être demandée.
475. La surveillance du gouvernement ne cesse pas après l'autorisation. Il a le droit de la retirer si la société en abuse et viole ses statuts.
476. Le droit de retirer l'autorisation appartient exclusivement à l'administration.
477. Les tribunaux cependant ont le droit d'apprécier les réclamations des actionnaires qui se plaindraient d'avoir été amenés par des manœuvres frauduleuses à prendre des actions.
478. Une société qualifiée de société anonyme, mais non autorisée, n'est, à l'égard des tiers, qu'une société collective.
479. La nature de l'exploitation et la division du capital en actions ne peuvent suppléer à l'autorisation.
480. Mais, à l'égard des associés entre eux, la convention doit produire son effet.
481. Arrêts des cours de Toulouse et de Paris et de la cour de cassation, favorables à ce système.
482. Quand les parties contractantes ont voulu former une société anonyme, et que l'autorisation est refusée, ceux-là seuls qui ont fait ou autorisé des dépenses sont tenus de les payer.
483. L'associé auquel la société a été présentée comme légalement autorisée, sans qu'elle le fût en effet, a le droit de retirer sa mise entière, quoiqu'il y ait eu, pendant quelque temps, communauté d'intérêts.
484. La société anonyme autorisée n'est pas tenue des dettes ni des dépenses antérieures à sa constitution régulière.
485. Une seule exception peut être faite, mais par la société réunie en assemblée générale, si les dépenses étaient nécessaires à la mise en activité de la société.
486. Les administrateurs ne peuvent non plus allouer de salaire aux gens d'affaires qui se sont occupés de la formation de la société.
487. Les actes qui ne sont pas littéralement conformes aux statuts sont-ils nuls?
488. Il n'est pas nécessaire, pour la validité des opérations, qu'elles aient été prévues par le contrat; il suffit qu'elles se rattachent à l'objet et au but de la société et qu'elles n'aient pas été défendues.
489. Les statuts, quoique revêtus de l'approbation du roi, ne cessent pas d'être des conventions particulières.
490. Arrêt de la cour de cassation conforme.
491. Il suit de là que les dispositions qui touchent à l'ordre public et à l'intérêt des tiers, doivent seules être exécutées expressément, à peine de nullité.
492. Les dispositions qui ne concernent que les intérêts privés des associés, peuvent être modifiées dans l'exécution.
493. Arrêt conforme de la cour de cassation.
494. Les actes contraires à l'objet de la société peuvent être attaqués par les créanciers de la société, alors même que l'assemblée générale les aurait approuvés.
495. Un actionnaire individuellement aurait le même droit, en prouvant qu'il n'a pas assisté à l'assemblée générale.
496. Résumé.

497. La nécessité de l'autorisation royale est encore exigée pour les conventions qui ont avec la société anonyme une certaine analogie. Les tontines, les compagnies d'assurance mutuelle contre l'incendie, etc.

COMMENTAIRE.

471. De ce que nous avons dit sur l'origine des sociétés anonymes, sur leur but, sur l'importance des capitaux nécessaires à l'exécution des grands travaux qu'elles ont en vue, sur le privilége qui leur est propre de n'engager les actionnaires et les gérants eux-mêmes que jusqu'à concurrence des fonds apportés dans la société, il est facile de conclure que le gouvernement a intérêt à surveiller la formation de ces grandes associations, et de s'assurer si les combinaisons sur lesquelles elles reposent, offrent au commerce en général, aux créanciers futurs, aux associés eux-mêmes, de suffisantes garanties (**Add.** Troplong, n° 459).

472. Aussi, dès l'an IX, la commission formée par les consuls pour rédiger un projet de code, exprima la pensée qu'il fallait faire de la société par actions (c'est le nom par lequel on désignait alors la société anonyme) une classe distincte et la soumettre à des conditions particulières d'existence.

On lit dans le discours préliminaire : « Les grandes entreprises commerciales ne sont avantageuses au commerce que lorsqu'elles ajoutent à ses ressources de nouveaux moyens de circulation et de crédit ; lorsqu'elles ont pour objet un commerce nouveau ou éloigné, et hors de la portée des commerçants. Elles sont dangereuses, si elles établissent un commerce sur des objets que tous les commerçants peuvent atteindre, en ce qu'elles favorisent un monopole funeste au commerce et à la société.

« C'est à l'administration publique qu'il appartient de juger les avantages et les dangers de ces sortes d'associations ; elle est plus à portée d'en calculer les effets. Nous avons cru qu'elle seule pouvait, ou les permettre, ou les proscrire, et qu'il était avantageux qu'elles ne pussent se former sans son autorisation.

« Une autre considération nous a déterminés ; ces grands établissements doivent offrir une garantie suffisante pour assurer leur indépendance et leur crédit ; il peut être nécessaire qu'on y établisse une surveillance qui rassure le public et le commerce sur l'intégrité des administrations qui les régissent... »

473. Cette idée conservatrice et sage fut adoptée.

« Les sociétés anonymes ou par actions, disait Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, au corps législatif, le 1er septembre 1807, ont dû aussi fixer l'attention des rédacteurs du code. Elles sont un moyen efficace de favoriser les grandes entreprises, d'appeler en France les fonds étrangers... d'ajouter au crédit public... Mais trop souvent des associations mal combinées dans leur origine, ou mal gérées dans leurs opérations, ont compromis la fortune des actionnaires et des administrateurs, altéré momentanément le crédit général, mis en péril la tranquillité publique.

« Il a donc été reconnu que nulle société de ce genre ne pouvait exister que d'après un acte public, et que l'intervention du gouvernement était nécessaire pour vérifier d'avance sur quelle base on voulait faire reposer les opérations de la société, et quelles pouvaient en être les conséquences. »

474. Mais dans quelle forme l'autorisation du gouvernement devait-elle être donnée ? Quelles formalités devaient accomplir les associés pour l'obtenir ? A quelle autorité devaient-ils s'adresser ? Quelles justifications devaient-ils faire ? Une instruction ministérielle du 22 octobre 1817 a comblé la lacune du code à cet égard ; en voici les termes :

« Les individus qui veulent former une société anonyme adressent leur pétition au préfet de leur département, et à Paris au préfet de police.

« La pétition est signée par tous les actionnaires, à moins que l'acte social par eux souscrit ne contienne une délégation et un pouvoir, à cet effet, à un ou plusieurs d'entre eux.

« Lorsque la société a pour objet une exploitation placée dans un autre département que le siége de son administration, la pétition adressée au préfet du domicile où elle s'établit, est communiquée par les parties au préfet du lieu de l'exploitation.

« La pétition n'est pas admise si elle n'est accompagnée de l'acte public constituant la société, et contenant l'engagement des associés en telle forme, que leur mise sociale ou leur promesse de la fournir, soit ferme et irrévocable, sous la seule condition que l'approbation de Sa Majesté sera accordée.

« Les statuts pour l'administration sociale seront produits en même temps que l'acte constitutif, et peuvent en faire partie. S'ils sont séparés, et qu'ils ne soient remis d'abord que sous seing privé, ils doivent être signés de tous les intéressés, et contenir soumission de rédiger le tout en acte public lorsque le ministre de l'intérieur (aujourd'hui le ministre du commerce et de l'agriculture ; ordonnance du 20 janvier 1828, art. 1er) le requerra. L'ordonnance d'approbation n'est présentée à la signature du roi que sur le vu de l'acte public.

« Une copie simple des actes publics doit être remise en même temps pour rester déposée dans les bureaux du ministère.

« Les actes sociaux doivent énoncer :

« L'affaire ou les affaires que la société se propose d'entreprendre, et la désignation de celui de leurs objets qui lui servira de dénomination ; le domicile social ; le temps de sa durée ; le montant du capital que la société devra posséder ; la manière dont il sera formé, soit par des souscriptions personnelles fixes ou transmissibles, soit en actions à ordre ou au porteur ; les délais dans lesquels le capital devra être réalisé, et le mode d'administration.

Conditions nécessaires ou facultatives sur le mode d'administration.

« 1° Les premiers administrateurs temporaires peuvent être désignés dans les actes sociaux ; mais, conformément à l'art. 31 du code, les gérants des sociétés anonymes n'étant que des mandataires nécessairement à temps et révocables, et tous les sociétaires devant avoir des droits égaux ou proportionnés à leur mise, les actes sociaux ne peuvent réserver à aucun individu, sous le nom d'auteur du projet d'association, de fondateur ou autre, aucune propriété spéciale sur l'entreprise, aucun droit à la gestion perpétuelle ou irrévocable, ni aucun prélèvement sur les profits autres que le salaire à attribuer aux soins qu'il peut donner à l'administration ;

« 2° Néanmoins, la valeur de l'acquisition ou de la jouissance d'un brevet d'invention ou d'un secret, sur l'exploitation duquel la société serait fondée, ainsi que le salaire de l'artiste dont elle aurait le talent pour objet, peuvent être appréciés en argent, et leur montant converti en actions au profit desdits artistes et propriétaires du secret ou brevet.

« 3° Si les souscripteurs de l'acte social joint à la pétition ne complètent pas eux seuls la société qui doit être formée, et s'ils déclarent avoir l'intention de la compléter lorsque seulement ils auront reçu l'approbation du roi, ils doivent composer au moins le

quart en somme du capital réel, non compris les actions dont il vient d'être parlé au n° 2. En ce cas, si Sa Majesté juge à propos d'autoriser la société, l'ordonnance règle le délai dans lequel le surplus des souscriptions doit être complété.

« On doit bien remarquer que, faute d'avoir rempli cette condition au temps prescrit, l'autorisation devient comme non avenue, à moins que Sa Majesté ne permette à la société, s'il y a lieu, et du consentement des intéressés, de réduire son plan au capital qu'elle a réuni.

« Après avoir justifié de l'existence du quart en somme du capital convenu, on peut demander autorisation pour la mise provisoire en activité, avant que le capital ait été complété. Cette demande est jugée suivant les circonstances de l'affaire.

Transmission de la pétition et avis des préfets.

« Les pièces produites et les avis des préfets doivent mettre le ministre secrétaire d'Etat de l'intérieur (aujourd'hui le ministre du commerce et de l'agriculture; ordonnance du 20 janvier 1828, art. 1er) en état de reconnaître :

« En premier lieu, si les conditions de l'acte social et des statuts sont conformes aux lois, particulièrement aux art. 21, 22 et suivants jusqu'à 40 du code de commerce, et si les règles indiquées par la présente instruction ont été suivies;

« En second lieu, si l'objet de la société est licite;

« En troisième lieu, si le capital est suffisant, s'il est assuré, principalement quand une partie ne doit être fournie que successivement, et si, en ce cas, la portion réellement versée offre assez de garanties;

« En quatrième lieu, si, dans les statuts relatifs à la gestion, à la reddition des comptes, au partage des bénéfices ou pertes, les intérêts et les droits de tous les membres de la société sont garantis convenablement, et dans toute l'étendue que comporte une société sans responsabilité personnelle.

« Enfin, si l'administration de la société offre les garanties morales qui importent aux intéressés et au public.

Sociétés anonymes d'espèces particulières. — Banques.

« Si l'objet de la société proposée est la fondation d'une banque, les avis des préfets, sur la convenance d'en permettre l'érection, doivent être particulièrement motivés sous le rapport de l'utilité publique. La loi du 24 germinal an XI soumettant ces sortes d'établissements à une autorisation spéciale indépendante de celle des sociétés anonymes en général, les renseignements doivent être tels qu'ils puissent éclairer également les ministres de l'intérieur et des finances, que l'examen de la demande intéresse concurremment.

« Il reste à rappeler qu'après l'approbation obtenue, rien ne peut être changé aux statuts, et que la société ne peut étendre ses opérations à aucun objet qui n'y soit pas compris (1). »

---

(1) Cette circulaire est précédée d'explications qui méritent d'être reproduites.

« Les spéculations de l'industrie sont libres en France. Tant qu'elles ont un objet licite ou qu'elles n'embrassent pas ce que la loi défend ou met en réserve, les commerçants, en général, n'ont pas besoin d'une autorisation spéciale pour s'y adonner.

« Le gouvernement ne concède à personne le droit ou le privilége d'exploiter *telle* ou *telle* branche de commerce. Cette concession serait contradictoire avec la liberté légale assurée à l'industrie.

« Les ordonnances par lesquelles Sa Majesté autorise la formation et l'existence d'une société qui se propose de faire un certain commerce ou une certaine entreprise, n'ont donc pas pour objet d'accorder aux sociétés rien qui ressemble à une propriété sur cette entreprise ou ce commerce.

« Le but que la loi s'est proposé est différent, et l'importance en sera démontrée par les considérations suivantes.

« En général, le commerçant est responsable envers ses créanciers et envers ceux avec qui il traite. Cette responsabilité a pour gage tous ses biens présents et à venir, et sa personne même soumise à la contrainte par corps.

« Si plusieurs se réunissent dans une société *collective*, chacun d'eux met en commun la même responsabilité indéfinie, et, de plus, tous sont solidaires entre eux.

« Un commerçant ou une société *collective* peuvent s'aider de moyens pécuniaires fournis par des capitalistes, qui, voulant participer aux bénéfices espérés, soumettent aux risques et aux pertes possibles une somme déterminée. La loi admet ces bailleurs de fonds sous le nom de *commanditaires*. Elle autorise la stipulation par laquelle ils déclarent ne s'engager pour rien de plus que la somme mise en commandite, et surtout ne contracter ni solidarité ni responsabilité personnelle.

« Mais cette classe d'associés non responsables n'est pas admise dans le commerce sans précautions légales. Toute société de ce genre doit déclarer la quotité des fonds en commandite. Le commanditaire ne peut s'immiscer en rien dans la gestion des affaires; il en devient garant et solidaire, s'il y prend part. Au surplus, la commandite suppose nécessairement un ou plusieurs associés *en nom* et responsables; le public a donc sur ceux-ci la garantie ordinaire; le capital du commanditaire n'est qu'une sûreté de plus.

« Mais le code de commerce admet une troisième espèce de société, où tous les intéressés sont commanditaires, où chacun n'est engagé et responsable que pour sa mise, sans solidarité, sans garantie soit d'engagement indéfini, soit de contrainte par corps; où les gérants sont de simples mandataires, et où, enfin, ce qui constitue une différence essentielle entre les sociétés en commandite et celles-ci, ils peuvent être choisis par les actionnaires, sans que la gestion qui leur est confiée les engage personnellement et les constitue responsables d'autre chose que de l'exécution du mandat. Cette société est dite *anonyme*, parce qu'aucun associé n'y étant personnellement engagé, nul ne peut y prêter son nom.

« Comme la loi a pourvu à la sûreté du commerce par les règles de la responsabilité, de la solidarité et de la contrainte par corps envers ceux qui commercent en leur nom ou dans les sociétés collectives;

« Comme elle a pris des précautions pour que l'administration des commanditaires ne portât pas atteinte aux garanties dues au public;

« Elle a dû en instituer de plus spéciales à l'égard de sociétés où n'existe pas la responsabilité personnelle des associés ordinaires.

« Elle s'est donc réservé de constater :

« Qu'une telle société n'est pas un piége tendu à la crédulité;

« Que l'objet de la spéculation est licite et réel; qu'il existe, non un vain prospectus sur une idée sans consistance, mais déjà un acte social, un fonds d'engagement qui assure l'entreprise, des actionnaires véritables et non simplement des associés fictifs qui ne figureraient en apparence que pour provoquer des engagements réels;

« Que les capitaux énoncés existent effectivement, ou que le versement en est suffisamment assuré;

« Qu'ils sont proportionnés à l'entreprise;

« Que les statuts qui en établissent l'administration offrent aux associés une garantie morale, et, en tout cas, des moyens de surveillance et l'exercice des droits qui leur appartiennent sur l'emploi de leurs deniers.

« L'acte de l'autorité royale qui renferme autorisation et ap-

Le conseil d'État exige d'ailleurs que, dans les statuts qu'il approuve :

1° *La durée de la société soit expressément déterminée*, afin que, si la mort ou des cessions volontaires substituent aux associés originaires des associés nouveaux, et que la composition de la société n'offre plus les mêmes garanties au moment où il y a lieu d'en autoriser la prorogation, le gouvernement puisse refuser son assentiment.

2° *Que les associés fixent une proportion de perte du capital qui les oblige à se dissoudre.*

Quand la sûreté des créanciers futurs ne repose plus sur l'espérance fondée de réparer avec les bénéfices à venir les brèches faites au capital, la société doit mettre fin à ses opérations. Le public serait induit à une confiance sans fondement, si, lorsque le capital est détruit en grande partie, et qu'ainsi la seule garantie qu'offre la société anonyme n'existe plus, la société était maintenue.

3° *Que, chaque année, une réserve soit faite sur le montant des bénéfices, pour prévenir la réduction du capital primitif, ou même pour l'amortir.*

Cette précaution est surtout nécessaire pour les compagnies d'assurances maritimes, qui peuvent, dans une seule année, perdre les bénéfices recueillis pendant un long temps.

4° *Que, lorsque après la réserve épuisée, le capital est entamé, aucune répartition de dividendes ne soit faite avant que le fonds social ait été rétabli en entier par une nouvelle réserve.*

Il ne peut exister légalement de bénéfices, quand le capital est entamé.

5° *Enfin, qu'il soit inséré dans l'ordonnance d'approbation des sociétés anonymes, qu'en cas d'inexécution ou de violation des statuts, l'autorisation pourra être retirée par le gouvernement, sauf aux tiers à réclamer devant les tribunaux la réparation du dommage occasionné par ces infractions.* (Extrait des questions proposées et résolues pour compléter l'instruction du 22 octobre 1817.) (**Add.** Troplong, n°s 462, 463, 464, 465) (1).

475. La surveillance du gouvernement ne cesse pas, quand, après l'accomplissement des conditions qui viennent d'être rappelées, il a donné son assentiment à la société projetée.

Une société anonyme peut jeter la perturbation

---

probation n'a pour but que de certifier au public que cette vérification a été régulièrement faite.

« Et cette vérification est la garantie mise à la place de celle qu'offrent les sociétés ordinaires, et dont la société anonyme n'est pas susceptible.

« Le gouvernement ne concède donc rien ; et il autorise seulement, à raison de la nature de la société, ce qu'une société ordinaire ou en commandite, ou un simple négociant, pourrait faire sans autorisation.

« Mais la vérification scrupuleuse que cette autorisation suppose, est une sûreté morale d'autant plus importante, que les associations anonymes sont particulièrement faites pour des spéculations vastes et exposées à quelques chances, spéculations qui n'auraient pas lieu sans l'admission de ce genre de sociétés. Il est propre aux banques publiques, aux exploitations de mines, de canaux, aux assurances maritimes, etc., grandes entreprises qu'il importe d'encourager. Ainsi, la réunion de capitaux modiques, pris séparément, présente dans son ensemble des moyens suffisants, que ne voudraient pas hasarder quelques particuliers, et supplée à des engagements qui pourraient compromettre l'existence entière et la sûreté personnelle d'entrepreneurs *en nom*.

« Les précautions légales une fois accomplies, c'est au public à mesurer sa confiance envers des établissements dont le but, les moyens et les règles fondamentales ont été appréciés et portés à la connaissance du public.

« Si une entreprise échoue, le code et l'accomplissement des formalités qu'il a prescrites mettent à l'abri les actionnaires de toute perte au delà de leur mise, et les gérants, de toute garantie personnelle autre que celle qui correspond à leur qualité de purs mandataires.

« C'est parce qu'avant le code de commerce, il manquait une disposition positive à cet égard, quoique les sociétés anonymes fussent dès longtemps connues, que plusieurs fois la sécurité des uns et des autres a été troublée. Les règles étaient si peu fixes, qu'on a vu des sociétés gérées sous un nom social, sous une raison collective, où l'on croyait néanmoins pouvoir stipuler que les associés ne seraient que de simples actionnaires non solidaires et non responsables. La loi actuelle a mis fin à ces irrégularités, aux inquiétudes et aux procès qui en devaient provenir. Les conditions qu'elle impose pour profiter de ses dispositions méritent donc qu'on s'y conforme avec soin.

« Il résulte de ces principes :

« 1° Que l'autorisation de Sa Majesté n'est point un privilége ; qu'elle se donne à cause de la forme de la société anonyme, et non à raison de la branche d'industrie qu'on se propose d'exploiter ;

« 2° Qu'en vertu de la liberté commune, plusieurs sociétés anonymes pourraient être concurremment autorisées pour un même commerce ;

« 3° Que le but de l'autorisation est purement et simplement de certifier au public, d'abord la vérification des bases sociales et l'existence des moyens annoncés, moyens reconnus être en rapport avec l'entreprise ; en second lieu, qu'un examen attentif a été fait de la moralité et de la convenance de l'administration sociale ;

« 4° Qu'en conséquence le roi n'admet point de simple projet, et n'autorise point un prospectus dans l'intérêt d'un inventeur ou d'un spéculateur qui recherche des actionnaires ; il n'attache son approbation qu'à des sociétés réelles, formées par des actes publics, et par lesquelles une masse suffisante de souscripteurs ont déjà engagé et assuré leurs mises. »

(1) **Add.** Le 20 février 1841, le ministre de l'intérieur en Belgique a donné l'instruction suivante :

Instruction ministérielle concernant les demandes d'autorisation pour la formation de nouvelles sociétés anonymes, et pour les modifications des statuts des sociétés déjà établies.

L'administration se trouve fréquemment dans la nécessité de modifier, avant de les soumettre à la sanction royale, les statuts et contrats constitutifs de sociétés anonymes. Afin d'épargner aux intéressés, ainsi qu'à elle-même, les inconvénients qu'entraîne cette révision, il lui a paru utile de résumer et de faire connaître au public les principes que le gouvernement prendra désormais pour guide en cette matière, tout en se réservant d'admettre les exceptions que des circonstances spéciales ou imprévues pourraient nécessiter.

§ 1. *Principes généraux.* — 1° Le gouvernement ne permet pas l'application de la société anonyme à toutes les entreprises indistinctement. Il croit qu'en principe il faut restreindre cette application aux entreprises commerciales, qui, par la hauteur des capitaux qu'elles exigent, ou par leur caractère chanceux ou peu précis, dépassent la portée de l'industrie particulière et des sociétés ordinaires, sans pouvoir porter un préjudice réel aux industries préexistantes dont l'utilité est constatée.

§ 2. *Des demandes d'autorisation pour l'établissement des sociétés anonymes ou pour le changement des statuts des sociétés établies.* — 2° Les demandes d'autorisation sont adressées au roi.

La requête est signée par tous les fondateurs de la société, s'il s'agit d'une société nouvelle, et par l'administration de la société, s'il s'agit de modifier les statuts d'une société déjà existante.

On joint à la requête un *avant-projet* du contrat de société ou de l'acte modificatif des statuts, non encore revêtu de la forme voulue par le code de commerce.

De cette manière, on évitera l'obligation de passer de nou-

dans le commerce, car il peut arriver que les associés, rassurés par l'immunité qui les couvre, embrassant au delà de leurs forces, se livrent à une fabrication excessive, à des achats, à des emprunts, hors de toute proportion avec le fonds social, et qu'en ruinant la société, il entraînent après elle les négociants dont elle a surpris la confiance. Le gouvernement a le droit de prévenir le mal, ou du moins d'empêcher qu'il ne s'aggrave, en retirant l'autorisation. Elle est donnée dans un but d'utilité publique, et pour aider au dé-

---

venus et s modifiant les premiers intervenus; cas qui se présente fréquemment aujourd'hui.

S'il y a des *apports*, on joint à la requête des inventaires estimatifs, suffisamment détaillés, dans lesquels la valeur de chacun des objets qui composent l'apport est estimée séparément, de telle sorte qu'il soit possible au gouvernement de la faire contrôler.

§ 3. *Des dispositions principales que doivent renfermer les statuts.* — 3° Le but de l'association doit être bien précis et déterminé, de manière que le gouvernement puisse s'assurer si ce but est licite et sérieux, s'il n'a rien de contraire à la morale et à l'ordre public.

Le siége de la société, son titre ou sa dénomination seront indiqués aux statuts.

4° Les statuts renfermeront une clause relativement au terme ou à la durée de la société. Ils stipuleront que la dissolution aura lieu :

A. En cas de perte de la moitié du capital réel ou émis.

B. Si les deux tiers des actionnaires réunis en assemblée générale et possédant les deux tiers au moins des actions, la décident.

Dans ce dernier cas, la dissolution ne pourra recevoir son effet qu'avec l'assentiment préalable du gouvernement.

Les statuts règleront le mode de liquidation.

5° Le gouvernement apprécie si le capital est réel, s'il est suffisant ou exagéré, selon la nature de l'entreprise.

Il résultera du contrat constitutif de la société, que la portion du capital social jugée nécessaire pour commencer les opérations est réunie.

Le contrat doit stipuler l'engagement formel et irrévocable, de la part des associés, de fournir dans un terme fixé leur mise sociale.

Leur nom, avec le montant respectif de leur intérêt dans la société, y sera inséré.

Il résultera du contrat, surtout quand les actions sont au porteur, que les versements sont intégralement effectués ou assurés.

On déterminera des pénalités contre les actionnaires qui seraient en retard d'opérer ces versements.

A moins de circonstances spéciales qui nécessiteraient une disposition différente et dont le gouvernement sera juge, les actions doivent, aussi longtemps que le montant n'en sera pas intégralement versé, rester *en nom;* jusque là elles ne seront cessibles qu'avec l'assentiment du conseil d'administration. A défaut de ce consentement, l'actionnaire cédant restera responsable.

La société ne peut augmenter son capital primitif, sans une autorisation du gouvernement.

Apports. — 6° S'il y a des apports, il est déclaré s'ils sont quittes et libres. Les charges ou hypothèques qui pourraient les grever, sont explicitement énoncées. La valeur qui est assignée à ces apports est contrôlée par le gouvernement. Une notable portion des actions servant à les payer, demeure inaliénable pendant plusieurs années. Les actions rendues inaliénables pour garantie des apports, doivent être en nom, et mention de leur inaliénabilité est faite sur les titres.

Il sera stipulé au contrat que, en cas de lésion de plus d'un quart pour la société sur le prix des apports, la société pourra, en vertu d'une résolution de l'assemblée générale prise à la majorité des voix présentes, demander en justice la réduction du prix de ceux des apports dont la valeur aura été reconnue exagérée. La société pourra user de cette faculté pendant un terme à fixer par le gouvernement, à partir de la date de l'octroi royal. Ce terme sera de deux années au plus. Les porteurs des actions formant le prix des apports, ne pourront prendre part à la résolution.

Il y aura défense pour la société de réunir, sans une autorisation du gouvernement, d'autres usines ou exploitations à celles qui forment la base première de ses opérations.

Intérêts et dividendes, bénéfices, réserve. — 7° Il pourra y avoir un dividende éventuel, mais il ne sera pas dû d'intérêt aux actionnaires. Dans aucun cas il ne sera distribué de dividende ni de tantième dans les bénéfices, que sur les bénéfices nets, déduction faite de toutes les charges sociales, et seulement jusqu'à concurrence du montant de ces bénéfices; s'il résulte du bilan que le capital social n'est pas entier, les bénéfices seront employés, avant tout, à le rétablir.

8° Le mode de répartition des bénéfices sera indiqué. Il doit, en général, en être consacré une portion à la formation d'un fonds de réserve plus ou moins élevé, selon que l'entreprise est plus ou moins chanceuse. L'emploi de ce fonds doit être indiqué.

Banknotes. — 9° La société ne peut émettre de banknotes, billets de caisse, ni aucun autre papier de la même nature.

Bilan. — 10° Elle adressera annuellement au gouvernement un état certifié par l'administration, faisant suffisamment connaître sa situation. Il y aura faculté pour le gouvernement de vérifier cette situation et de prendre, à cette fin, connaissance des affaires sociales, par l'intermédiaire d'un ou de deux commissaires spéciaux à déléguer par lui. La même faculté existera pour l'assemblée générale. Enfin, la société s'astreindra à faire le dépôt d'un état semblable au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel elle aura son siége, et cela aussitôt après l'approbation du bilan par qui de droit.

L'administration tiendra compte, dans la formation du bilan, de la dépréciation du matériel et de l'avoir de la société.

Administration. Cautionnement. — 11° Le mode et la composition de l'administration, ainsi que les émoluments des administrateurs, seront déterminés. Le gouvernement appréciera si ces émoluments n'ont rien de trop onéreux pour la société, si la marche de l'administration est suffisamment tracée, comment se prennent ses résolutions, et si l'on a prévu par qui sont signés les actes qui engagent la société. Il examinera aussi si l'art. 31 du code de commerce est observé, si l'on a réglé l'ordre de la sortie des administrateurs, leur remplacement provisoire en cas de décès, de démission, etc. Ceux-ci, ainsi que les commissaires, quand il y en a, sont tenus d'avoir un cautionnement proportionné à l'importance des opérations sociales. Les actions qui leur servent de cautionnement seront inaliénables et en nom, pendant toute la durée et jusqu'après l'épurement de leur gestion. Mention de l'inaliénabilité est faite sur les titres.

Les administrateurs et les commissaires pourront être nommés, pour la première fois, par l'acte constitutif de la société, mais il sera stipulé explicitement qu'ils sont révocables par l'assemblée générale (art. 2004 du code civil).

Commissaires. — 12° Le gouvernement examine s'il y a des commissaires, et si leur mission est bien déterminée, et pas trop limitée. Ils doivent avoir le droit de prendre connaissance de toutes les affaires et opérations de la société et d'en faire rapport à l'assemblée générale; s'il n'y a pas de commissaires, et même dans tous les cas, l'assemblée générale aura le droit d'en déléguer de spéciaux, quand bon lui semblera, pour prendre connaissance des affaires de la société et de la gestion sociale.

Assemblées générales. — 13° Le droit d'admission aux assemblées générales doit, en règle générale, exister pour tous les porteurs de cinq actions de 1,000 francs.

Le nombre de voix que peut réunir un même actionnaire doit être limité à cinq.

Il y aura annuellement une ou plusieurs réunions périodiques de l'assemblée générale. Elle pourra aussi être convoquée extraordinairement.

Les avis de convocation auront lieu à plusieurs reprises, et pour la première fois, vingt jours au moins d'avance.

Il y aura faculté pour cinq ou dix actionnaires, ayant voix délibérative, comme pour l'administration, de provoquer la convocation de l'assemblée générale, et obligation pour elle de délibérer sur toute proposition faite par un pareil nombre d'actionnaires.

Le mode de délibération de l'assemblée générale sera déter-

veloppement de l'industrie; il ne faut donc pas permettre qu'on en abuse, et la sévérité est d'autant plus nécessaire, que les sociétés anonymes, en raison même des vérifications dont elles sont l'objet, obtiennent, en général, un assez grand crédit.

476. Ce droit de retirer l'autorisation, sans laquelle une société anonyme ne peut exister, est réservé à l'administration. Le pouvoir des tribunaux se réduit à prononcer des condamnations personnelles contre les administrateurs qui n'ont pas su respecter les statuts. Aller au delà serait, de leur part, un excès de pouvoir.

477. Il ne faut pas, toutefois, conclure de cette réserve faite au profit de l'administration, que, si un actionnaire vient demander aux tribunaux la nullité de la souscription qu'il a faite, en alléguant que son consentement a été surpris par des manœuvres frauduleuses, les tribunaux seront incompétents pour apprécier et juger cette demande. Non: c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de prononcer. En ce cas, en effet, il ne s'agit pas du sort de la société même, mais uniquement de savoir si, en la supposant régulière, légale, l'associé qui se plaint n'a pas été induit à s'y intéresser par de mauvais moyens; et, quelque décision qui intervienne, la société, considérée par abstraction, ne cesse pas de subsister. Qu'importe à son existence la rupture du lien qui rattache un des actionnaires à l'être collectif?

Cependant, le tribunal de commerce de Paris a, par un jugement du 8 janvier 1843, consacré l'opinion contraire.

Dans l'espèce, l'actionnaire, prétendant que les souscriptions produites pour le déterminer à prendre des actions étaient le résultat d'une simulation concertée avec le directeur, et non l'engagement sérieux de tiers véritablement intéressés dans l'entreprise, réclamait la nullité de son adhésion, et le remboursement des sommes par lui versées.

Le tribunal s'est déclaré incompétent :

« Attendu qu'une société anonyme ne peut être formée qu'en vertu d'une ordonnance royale;

« Qu'en accordant à la société *le Palladium* l'autorisation de se constituer en société anonyme, l'autorité administrative s'est réservé le droit de révoquer cette autorisation en cas de violation, ou de non-exécution des statuts sociaux, mais sans préjudice des droits des tiers;

« Que si Quesnay prétend que les statuts ont été violés et que plusieurs des conditions imposées n'ont pas été remplies, le tribunal de commerce n'est pas appelé à connaître des contestations qui peuvent naître à l'égard de la constitution de la société *le Palladium*; que ses pouvoirs ne sauraient s'étendre jusqu'à détruire et annuler une société légalement constituée en vertu d'une ordonnance royale; que le demandeur agit en qualité d'actionnaire et non comme un tiers ayant à demander réparation d'un préjudice. »

Cette décision est une erreur.

Il appartient, sans doute, à l'administration seule, quand une société anonyme a reçu l'autorisation nécessaire à son existence, de retirer cette autorisation, si la société en abuse et devient dangereuse pour les tiers. Mais comment l'administration apprécierait-elle, comment jugerait-elle une réclamation dont le but est de prouver, non que les statuts sont vicieux, la tendance des gérants mauvaise, les opérations fatales au commerce, mais qu'un actionnaire nommément a été trompé? que, pour le décider à souscrire, on lui a présenté comme réelles des soumissions fictives?

Il n'y a là qu'un débat d'intérêt privé, de la compétence exclusive des tribunaux ordinaires.

478. La société anonyme n'existe et ne peut durer qu'avec l'autorisation du gouvernement. C'est là sa condition. Peu importe dès lors que les associés aient expressément déclaré qu'ils contractaient une société anonyme; si l'autorisation n'a pas été donnée, ils ne sont pas obligés seulement jusqu'à concurrence de leur apport; les tiers avec lesquels ils ont traité ont, contre chacun d'eux, une action solidaire. Une société anonyme non autorisée n'est, à l'égard des tiers, qu'une société collective.

479. Dalloz, analysant un arrêt de la cour supérieure de Liége, du 26 décembre 1818, en tire la conséquence qu'une société formée pour l'exploitation d'une alunière, peut être considérée comme société anonyme, par cela seul que le capital a été divisé par actions.

Ce n'est pas ce qu'a jugé la cour de Liége, et avec raison assurément; car il est clair que la nature de l'exploitation, et la division du capital en actions, ne peuvent conférer à une société le caractère et les effets d'une société anonyme. La condition essentielle est l'autorisation royale. La forme du contrat n'y peut pas suppléer.

Dans l'espèce jugée par la cour de Liége, une veuve Vesmael, propriétaire d'actions dans une société établie depuis plus d'un siècle à Wahairon, pour la fabrication de l'alun, en avait fait cession au sieur Halloy. Celui-ci notifie son contrat, et demande à être reconnu comme associé. Refus des parties intéressées fondé d'abord sur ce qu'en vertu de la maxime : *Socius socii mei socius meus non est*, la cession faite par un des associés ne donnait pas à l'acquéreur le droit de faire partie de la société; en second lieu, sur ce que, d'après les anciens usages du pays de Liége, elles entendaient exercer le retrait des actions vendues.

A la première objection, Halloy répondait : non pas qu'il s'agissait d'une société anonyme, et que, par cela seul, la vente qui lui avait été faite était valable; l'associé anonyme, qui ne se rattache à l'être collectif que par son argent, étant toujours maître de rompre un lien pour la formation duquel la considération de la personne n'est comptée pour rien; il répondait que la nature du contrat, son exécution, le long temps qu'il avait duré, et l'inévitable succession d'associés qui, pendant plus d'un siècle, avait renouvelé la face de la société, ne permettaient pas d'appliquer la maxime invoquée par les associés : *Socius socii mei socius meus non est*; que de la convention, telle qu'elle avait été entendue, appliquée, exploitée depuis son origine, résultait pour chacun des associés, individuellement, la faculté de vendre ses actions et de se substituer un autre associé.

Et c'est, en effet, ce que juge la cour de Liége (1) : si l'arrêt parle de société anonyme, c'est à titre

miné. On indiquera par qui elle est présidée, si l'on a le droit de s'y faire représenter, et la manière de justifier de son droit d'admission.

Modification des statuts. — 14° Aucune modification aux statuts, aucune prorogation de terme de la société ne peut avoir lieu sans l'assentiment préalable du gouvernement.

Les modifications aux statuts ne peuvent avoir lieu que dans une assemblée générale, spécialement convoquée à cet effet.

Bruxelles, le 20 février 1841.

Le ministre de l'intérieur,
Liedts.

(1) « La cour, attendu, sur la première question, qu'il est cons-

d'exemple, et par analogie; la cour n'a pas pensé un instant qu'il existât une société anonyme par cela seul que le contrat avait pour objet une exploitation d'alumière, et que le capital avait été divisé par actions.

Il n'y a pour les tiers de société anonyme qu'autant qu'elle est autorisée (**Add.** Troplong, nº 178).

480. Mais ce qui est vrai dans ce cas, ne cesse-t-il pas de l'être à l'égard des associés entre eux? Et n'est-il pas conforme aux principes du droit, que, lorsque les parties ont stipulé que la société serait anonyme, si elle ne résiste point à cette qualification par son objet et par ses conditions, la convention reçoive entre les associés sa pleine exécution?

La question divise les auteurs. Selon les uns, la règle consacrée par l'art. 37 du code de commerce est absolue, et doit invariablement s'appliquer. *La société anonyme ne peut exister sans l'autorisation royale :* il ne suffit donc pas que les contractants aient eu l'intention de faire une société de cette nature, s'ils n'ont pas accompli les conditions dont elle dépend. Personne n'ignorant la loi, il y a une faute imputable à tous les associés, et tous doivent également en subir les conséquences. Si la société avait été anonyme, chacun, quel que fût son rôle, gérant ou non, n'aurait été passible des pertes que jusqu'à concurrence du montant de son intérêt; c'eût été le sort commun. Pourquoi donc, quand, par une omission dont tout le monde est coupable, la société n'est pas devenue société anonyme, la position des contractants serait-elle à ce point dissemblable, que les uns fussent obligés de payer les dettes sociales, de quelque somme qu'elles dépassent le fonds capital, tandis que la perte des autres serait limitée?

Les effets légaux d'un contrat ne peuvent exister sans les conditions auxquelles la loi les a soumis, car ce serait un effet sans cause : une société non autorisée ne peut pas plus avoir le caractère de société anonyme envers les associés qu'envers les étrangers.

Selon les autres, quand l'intérêt des tiers est satisfait, rien ne s'oppose à ce que des conventions, qui ne blessent d'ailleurs ni l'ordre public, ni la morale, ni la loi positive, soient fidèlement exécutées entre les parties contractantes. Or, quel principe d'ordre, de droit ou de morale, empêche des associés de stipuler qu'entre eux la perte ne dépassera pas la somme qu'ils promettent réciproquement de verser dans la société, et que, par conséquent, les dettes que le fonds social n'éteindra pas, resteront à la charge de ceux qui les contracteront?

Les sociétés en commandite doivent être rendues publiques; la loi l'exige formellement, et, à défaut de publicité, les associés commanditaires, réputés associés collectifs en ce qui touche les tiers, sont, comme les associés collectifs, soumis à l'action solidaire. Mais personne ne doute que des commanditaires au gérant, le contrat ne produise son effet. Pourquoi en serait-il autrement dans le cas de la société anonyme? La règle consacrée par l'art. 37 du code de commerce ne s'applique qu'aux tiers, et on conçoit, en effet, que pour soustraire à l'obligation personnelle les membres d'une société commerciale, il faut se trouver dans le cas expressément déterminé; car c'est une grave dérogation aux principes généraux du droit, et les dérogations ne s'étendent pas. Mais, pour les associés dans leurs rapports mutuels, qu'importe l'autorisation royale? Elle n'ajoute rien au consentement qui les enchaîne.

Il y a, sans doute, entre la société en commandite et la société anonyme une différence importante : c'est que dans la commandite, il existe un associé responsable, et qu'à son égard, le plus ou moins de régularité de l'acte de société est parfaitement indifférent, puisque, dans toutes les hypothèses, il est indéfiniment obligé au payement des dettes sociales, tandis que, dans la société anonyme, l'administrateur lui-même n'est engagé que jusqu'à concurrence de sa mise.

Mais, est-ce donc la faute des autres associés, si, dans le cas où la convention exprime que les pertes individuelles n'excéderont pas l'intérêt de chacun, le gérant a contracté des engagements qui dépassent le fonds capital? Et n'est-ce pas, en somme, une justice de laisser à sa charge des dépenses qu'il n'aurait pas dû faire, et qu'il n'aurait pas faites, s'il eût, avec plus de fidélité ou plus d'intelligence, accompli son mandat?

Ce dernier système doit être préféré. Des associés peuvent stipuler valablement que, entre eux, et nonobstant l'inobservation de la loi commerciale, ils seront régis par les principes de la société anonyme, et qu'en conséquence leur apport deviendra la mesure du sacrifice qu'ils s'imposent. Une telle convention n'a rien de contraire au droit. C'est à l'associé qui gère de calculer sa dépense de manière à ne pas dépasser son budget. Tant pis, s'il va au delà; la perte est pour son compte. Il ne peut se prévaloir des fautes qui lui sont personnelles pour modifier la position de ses coassociés (**Add.** Troplong, nº 470).

481. Trois arrêts, le premier de la cour de Toulouse, du 16 juillet 1825 (Dalloz, XXVI, 2, 31); le second de la cour de Paris, du 20 février 1819; le troisième de la cour de cassation, du 21 juin 1826 (Dalloz, XXVI, 1, 316), ont consacré cette doctrine.

étant, en fait, que l'établissement pour la fabrication de l'alun, situé à Wabairon, existe depuis plus d'un siècle, et que l'association s'est formée sous l'empire d'une législation particulière et différente de celle établie par le code de commerce; que cette exploitation a été divisée en quatre-vingt-seize actions; que ces actions ont été transmises, soit par succession, soit par des actes de vente ou de cession, et que ces modes de transmission étaient autorisés par l'ancienne législation;

« Attendu qu'il résulte de ces faits que l'association de Wabairon ne peut guère être assimilée à une société ordinaire, à laquelle serait applicable la disposition énoncée dans l'art. 1861 du code civil, mais qu'elle participe, au contraire, de la nature des sociétés anonymes, dont les actions peuvent se transmettre d'une personne à une autre; qu'ainsi la veuve Wesmael a pu vendre et céder à l'intimé toutes les actions qui lui appartenaient du chef de son mari, dans un établissement fort ancien, et qui comprenait des objets mobiliers et des objets immobiliers; et que les appelants ne sont pas fondés à empêcher l'exécution de cette cession; qu'on ne pouvait invoquer, dans l'espèce, ni la maxime : *Socius socii mei socius meus non est*, ni le défaut de confiance, parce que la veuve Wesmael ne s'est pas associé la personne de l'intimé, mais lui a vendu la totalité de ses actions, et parce que la très-longue durée d'un pareil établissement ne permet pas d'appliquer strictement le principe fondé sur la confiance mutuelle;

« Attendu que, dans l'espèce, il faut admettre la transmissibilité des actions, ou bien les associés doivent se soumettre à l'application des principes établis par l'art. 1865 du même code, sur les manières dont la société finit;

« Attendu, sur la deuxième question, que le retrait de société ayant été aboli par la loi du 13-18 juin 1790, et n'ayant pas été rétabli par la loi du 21 avril 1810, ni par aucune autre, il s'ensuit que les appelants ne sont ni recevables ni fondés dans leur demande subsidiaire de retrait, de subrogation ou de réméré; met l'appellation au néant, avec amende et dépens. » (Dalloz, t. XII, p. 141, nº 2.)

Dans l'espèce du dernier arrêt, il s'agissait de savoir si deux associés qui avaient fait un apport dans une société qualifiée de société anonyme, mais non autorisée, pouvaient en réclamer la restitution de trois des fondateurs, quoique le versement n'eût pas été fait dans leurs mains.

Le 20 février 1819, la cour de Paris déclare la demande non recevable, par ces motifs principaux :

« Que toutes les clauses de l'acte d'association lui impriment le caractère d'une société anonyme ;

« Que cette société, bien qu'elle n'ait pas été légalement constituée, n'en a pas moins existé entre les associés ;

« Que les appelants eux-mêmes, étant membres de cette société, et soumis, par conséquent, à la loi du pacte social, ne peuvent rien exiger des intimés, puisque, d'après les fonctions dont ils étaient chargés, ils n'avaient pas dû recevoir les sommes versées par eux. »

Pourvoi en cassation, pour violation des art. 20 et 22 du code de commerce, en ce que la cour de Paris avait considéré comme société anonyme une société formée entre personnes dont les noms étaient connus, et qui n'avait jamais été autorisée.

Mais, par arrêt du 21 juin 1826, au rapport de M. le conseiller Lecoutour, le pourvoi est rejeté :

« Attendu que l'arrêt déclare, en fait, que toutes les clauses de l'acte d'association lui impriment le caractère d'une société anonyme, qui, quoiqu'elle n'eût pas existé légalement, faute d'avoir été approuvée par le gouvernement, n'en devait pas moins être exécutée entre les associés dont Diot et Kichoffer faisaient partie;

« Que, suivant ce pacte social, chacun des membres était chargé d'une partie de l'administration, et qu'il n'était et ne devait être responsable que pour ce qui avait rapport à ses fonctions particulières ;

« Que Bosc n'avait que la direction de la culture et des arts, et que, n'ayant pas été chargé de l'administration financière et commerciale, il n'était pas responsable;

« Attendu que les signatures de Bosc, apposées sur les actes qu'on lui oppose, ne l'ont été que pour le directeur de la comptabilité, et en son absence, et sur la réquisition formelle du directeur de l'administration générale; qu'ainsi elles n'ont pu obliger Bosc. »

La distinction consacrée par cet arrêt concilie tous les intérêts. Les conventions, que leur irrégularité ne permet pas d'opposer aux tiers, ne cessent pas d'être la loi des parties qui les ont faites, dans tous les cas où le consentement librement exprimé peut créer un lien de droit (**Add.** Troplong, nº 476).

482. Mais, s'il a été dans l'intention des contractants que la convention de société fût revêtue de la sanction royale, et que l'autorisation ait été refusée, quelles seront les conséquences du refus? Les dépenses faites par anticipation resteront-elles à la charge et pour le compte des associés dont elles sont l'œuvre, ou seront-elles, au contraire, réparties proportionnellement entre tous les intéressés?

Il faut distinguer : si les parties dont on réclame une portion des dépenses sont demeurées étrangères à tout ce qui s'est fait, elles sont, à moins de circonstances particulières, ou de stipulations contraires, à l'abri de toute demande : la condition à laquelle était subordonné leur engagement a défailli. C'est dans une société anonyme qu'elles voulaient entrer. Or, le refus d'autorisation rend la société impossible. Elles sont donc fondées à ne rien débourser; ou si, dans l'espérance d'une autorisation prochaine, elles ont versé leur mise, à la retirer entière. Les fondateurs de la société seuls doivent subir les fâcheux résultats d'une décision que, sans doute, les dangers du contrat ont rendue nécessaire.

Mais si, dans la conviction que l'autorisation royale serait donnée, les associés futurs se sont mis à l'œuvre, et qu'ils aient fait ou autorisé des dépenses, chacun doit supporter les pertes dans la proportion de son apport. L'équité ne permet point que les dépenses faites en commun soient rejetées en ce cas sur les fondateurs de la société, quand ils ont agi de bonne foi.

483. La cour de cassation a jugé, le 9 juin 1811 (Dalloz, XLI, 1, 210), sur mes conclusions, en rejetant un pourvoi formé contre un arrêt de la cour de Paris, que, lorsque des actionnaires avaient pris un intérêt dans une société anonyme, présentée comme autorisée, mais qui ne l'était pas, ils avaient, dans le cas même où le fondateur était exempt de fraude, et quoiqu'il y eût eu société de fait pendant longtemps, le droit de se faire restituer toute la somme versée par eux.

Cette décision est rigoureuse, mais conforme aux principes du droit. A quelque cause, en effet, que puisse être attribuée l'erreur commise par le fondateur d'une société anonyme sur l'existence de l'autorisation dont elle dépend, il y a présomption nécessaire que les actionnaires, en souscrivant, ont été déterminés par la nature même de la convention, par les garanties qu'elle présente, et par la conviction que des statuts, approuvés par le gouvernement, offrent à tous les intérêts sécurité complète. Or, quand il est prouvé qu'il n'y a pas eu d'autorisation, pourquoi resteraient-ils enchaînés aux dangers d'une association dans laquelle ils ne sont entrés que par erreur de fait? *Cessante causâ cessat effectus* (**Add.** Troplong, nº 476).

484. Une des conséquences les plus directes de l'article 37 du code de commerce, c'est que la société anonyme ne date que de l'autorisation ; elle n'a point de passé ; son capital ne peut donc être diminué par des dépenses antérieures à sa constitution. Quel inconvénient, quel danger n'y aurait-il pas pour les tiers, si, au moment même où la promulgation des statuts par le *Bulletin des lois* leur apprend et l'existence et les ressources de la société, le capital qui sert de base à son crédit se trouvait absorbé en grande partie par des opérations, ou consommées, ou commencées avant l'autorisation du gouvernement?

485. Si cependant il s'agissait d'engagements qui, bien qu'antérieurs à l'autorisation, auraient eu pour objet et pour résultat d'assurer la mise en œuvre de la société, et qui, s'ils n'avaient été contractés avant l'autorisation, en auraient été la suite nécessaire, une exception peut être admise; car le payement de ces engagements est un légitime emploi du fonds social. Ce n'est d'ailleurs qu'à la société réunie en assemblée générale qu'il appartient de décider la chose. La cour de cassation a jugé, le 1er avril 1834 (Dalloz, XXXIV, 1, 191), qu'en pareil cas une délibération du conseil d'administration n'engagerait pas la société, une telle mesure excédant son mandat.

486. Les administrateurs ne pourraient pas davantage allouer un salaire aux gens qui se seraient occupés de travaux préliminaires à la formation de la société. Ce salaire n'est pas une dette de la société. C'est aux fondateurs et à ceux d'entre les associés qui les ont mis en œuvre, de les rémunérer.

487. Quand le législateur a exigé que les statuts des sociétés anonymes fussent soumis au gouvernement, examinés et approuvés, avant d'être appliqués, il a eu pour objet, comme le prouvent les discussions

du conseil d'Etat, de s'assurer si les stipulations du contrat étaient loyales, sagement combinées, et si l'exécution comportait pour les actionnaires des chances de succès. L'article 45 du code de commerce, en prescrivant en outre la publication des statuts par le *Bulletin des lois*, n'a pu avoir d'autre motif que de fournir aux tiers le moyen de connaître l'organisation et les forces de la société, afin que, pleinement instruits et de ce qu'elle peut et de ce qui lui est interdit, ils ne soient jamais exposés à perdre en traitant avec ses agents.

Or, n'est-ce pas la conséquence de ces dispositions, que tout acte non conforme aux statuts publiés dans le *Bulletin des lois* est nul? que les statuts forment une charte dont la violation ne peut jamais être impunie? que toute personne intéressée peut contester ce qui s'en écarte? A quoi bon, en effet, les précautions imposées par la loi commerciale, l'examen du conseil d'Etat, la sanction du gouvernement, si la convention, sortie victorieuse de ces épreuves, n'est qu'une lettre morte et dont on peut se jouer? si la nullité ne s'attache pas à tout ce qui n'en est pas l'accomplissement textuel?

488. Une observation qui a trouvé place dans le commentaire des articles 32 et 33 du code de commerce, et qui doit être rappelée maintenant, c'est qu'une opération ne doit pas être réputée défendue, par cela seul qu'elle n'est pas expressément autorisée par les statuts.

Les sociétés anonymes, comme toutes les sociétés commerciales, ont le droit et le pouvoir de faire tout ce qui se rattache, même indirectement, au but qu'elles se sont proposé. Les statuts ne peuvent pas tout régler, car il est impossible, au moment où une société s'organise, de prévoir les événements qui pourront ou favoriser ou contrarier sa marche, et conséquemment de savoir à quelle mesure elle aura recours un jour, pour consolider sa fortune, si elle réussit; ou, dans le cas contraire, combattre et renverser les obstacles qui s'opposent à son succès. D'autre part, il n'est pas de grande industrie qui ne subisse, dans ses procédés, des modifications plus ou moins importantes : chaque année on essaye d'améliorer, et, pour se mettre au courant du progrès, il faut faire des dépenses, hors de toute prévision sans doute, quand l'exploitation a commencé. Or, avec le système qui fait des statuts publiés comme l'arche sainte à laquelle on ne peut toucher, et qui condamne les administrateurs à les exécuter littéralement, il n'y a pas d'amélioration possible. La société est frappée d'immobilité : il faut qu'au moindre choc elle se dissolve. Mais tout le monde comprend qu'il n'en peut être ainsi, et que la société, être moral, a le pouvoir de veiller à sa conservation. Ne serait-il pas absurde, d'ailleurs, que les sociétés anonymes, dont l'institution a pour objet le développement de l'industrie, manquassent à leur destination, et qu'au lieu de la seconder en suivant ses progrès, elles y apportassent des entraves?

Répétons-le donc : la société anonyme peut et doit faire tout ce qui se rattache, même de loin, à ses spéculations. L'arrêt de la cour de cassation, du 9 mars 1841, cité plus haut (*suprà*, n° 459), pose à cet égard des principes certains. Les statuts doivent se plier aux mouvements et aux transformations si rapides de l'industrie et du commerce.

489. Mais, ceci admis, n'y a-t-il pas au moins nécessité de reconnaître que tout ce qui est contraire aux statuts, soit dans la forme, soit au fond, est nul, de toute nullité?

La solution affirmative ne peut avoir d'autre fondement que cette idée, que les statuts publiés au *Bulletin des lois*, comme annexe à l'ordonnance d'autorisation, doivent être considérés comme des lois, et en avoir l'autorité. Mais cette opinion ne se défend pas. D'une part, en effet, il est clair que des conventions privées, car tel est le caractère des statuts d'une société anonyme, ne deviennent pas des lois par leur insertion au *Bulletin*; les actes du pouvoir législatif ont seuls le caractère des lois. D'autre part, le gouvernement ne s'approprie pas les stipulations qu'il examine; il n'en fait pas des actes de l'autorité publique. Son examen n'a qu'un but; son approbation, qu'un effet : c'est de rassurer les actionnaires futurs et le commerce sur la régularité, sur la loyauté des combinaisons adoptées par les fondateurs du contrat, et sur la possibilité d'une exécution fructueuse. L'insertion au *Bulletin des lois* est donc un moyen de publicité, rien de plus : aucun associé ne contractant d'obligation personnelle dans la société anonyme, on a voulu que les tiers pussent apprécier avec certitude les garanties qui naissaient de la convention. L'insertion au *Bulletin des lois* n'était-elle pas d'ailleurs une conséquence naturelle de la surveillance que le gouvernement s'attribue sur les actes qui peuvent, en exerçant sur le commerce une grande influence, réagir d'une façon plus ou moins sensible sur les intérêts généraux.

490. La cour de cassation a jugé par deux arrêts, l'un du 15 février 1826 (Dalloz, XXVI, 1, 158), au rapport de M. le conseiller Pardessus, l'autre du 5 décembre 1842, au rapport de Joubert, et sur mes conclusions, que nonobstant l'autorisation royale, les statuts des sociétés anonymes ne cessaient pas d'être des conventions particulières.

491. De cette doctrine suivent deux conséquences :

La première, c'est que s'il y a dans les statuts des dispositions qui intéressent l'ordre public, elles doivent être exécutées à peine de nullité : aucune dérogation n'y peut être apportée. Ainsi, dans les statuts de la caisse hypothécaire, société anonyme instituée pour prêter des fonds aux propriétaires d'immeubles, les dispositions relatives au taux de l'intérêt touchent à l'ordre public, et on a jugé que, sous aucun prétexte, on n'avait pu les modifier. Ces dispositions, en effet, n'étant que la reproduction d'une loi d'ordre public, de la loi qui règle l'intérêt de l'argent, toute stipulation dont le résultat est d'imposer aux emprunteurs des conditions plus onéreuses que celles autorisées par le contrat, est une violation de la loi même. Toutes les fois donc que les statuts d'une société anonyme se bornent à copier des lois civiles ou commerciales, ils ont la même autorité que ces lois, ou plutôt, ils en empruntent l'autorité qui leur est propre, et s'ils n'ont pas été respectés, les actes qui constituent l'infraction doivent être annulés (arrêts de la cour d'Agen, du 8 juin 1836; Dalloz, XXXVI, 2, 116; et de la cour de cassation, du 16 juillet 1838; id., XXXVIII, 1, 328).

492. La seconde conséquence à tirer de la doctrine que nous avons exposée, c'est que les dispositions concernant exclusivement les intérêts privés, soit qu'elles règlent les formes de la gestion, l'emploi des fonds sociaux, ou les rapports de la société avec les tiers, peuvent être modifiées dans leur application, sans qu'il en résulte nécessairement la nullité des actes qui ne sont pas en tout conformes aux statuts.

493. Supposons, par exemple, qu'il soit écrit dans les statuts d'une société anonyme que certains actes ne pourront être faits que par des agents expressément désignés à cet effet. Si d'autres employés ont fait ces actes, les administrateurs seront fondés à les

méconnaître. Les statuts sont la mesure et le contrôle du mandat qu'ils confèrent aux agents inférieurs ; et tout ce qui n'en est pas la stricte exécution, est illégal et nul.

Mais si, modifiant dans l'usage l'accomplissement des statuts, les administrateurs ont admis comme réguliers des actes émanant d'agents qui n'avaient pas reçu le droit de les faire, les tribunaux pourront tirer de cette circonstance une raison de valider ceux qui seront attaqués pour cette cause. C'est qu'en effet, il n'est pas juste que la validité des actes dépende du caprice des gérants ; que, toutes choses d'ailleurs parfaitement égales, ils puissent arbitrairement admettre les uns, rejeter les autres, et qu'après avoir accrédité l'opinion que la lettre des statuts pouvait n'être pas suivie, par un retour imprévu de sévérité ils en réclament la rigoureuse application. Il ne leur est pas permis de renverser l'interprétation donnée par eux aux statuts, quand les tiers ont loyalement traité sur la foi de cette interprétation.

Ainsi l'a jugé la cour de Colmar, le 2 mars 1825.

Il s'agissait d'une demande formée contre la compagnie d'assurance *le Phénix* par des assurés dont les maisons avaient été détruites par l'incendie. La compagnie résistait au payement des indemnités, par le motif que les polices d'assurance émanaient de sous-agents, et qu'aux termes des statuts, ceux-ci ne pouvaient faire des conventions de cette nature. Les statuts, en effet, étaient formels : les conventions d'assurance devaient être faites par les agents principaux. Mais il était prouvé que les plaques destinées à constater le contrat étaient déposées chez les sous-agents ; qu'ils en délivraient aux personnes assurées ; qu'en maints occasion, ils avaient signé des polices, et que la compagnie n'en avait pas contesté la légalité.

La cour tira de ces circonstances la conclusion que les assurés avaient dû croire à l'existence d'un mandat conféré par la compagnie aux sous-agents, et la condamna au payement des indemnités réclamées.

Le même arrêt jugeait que des présomptions graves, précises et concordantes suffisent pour établir la dérogation faite au texte des statuts ; doctrine vraie, puisqu'il s'agissait de faits commerciaux dont la preuve résulte indifféremment des écrits, des témoignages, ou des présomptions.

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 18 février 1826 (Dalloz, XXVI, 1, 138), par des motifs analogues à ceux sur lesquels il était basé.

Cette décision et celle qui précède consacrent avec précision la distinction à faire entre les dispositions qui touchent à l'ordre public et à l'intérêt des tiers, et celles que les parties n'ont établies que dans la pensée de protéger plus efficacement les intérêts communs. Toute infraction aux premières entraîne nullité ; c'est la loi qui n'admet pas de tempérament ; la violation des secondes peut se couvrir ; car le fait domine, et il appartient aux tribunaux de l'apprécier souverainement.

494. Mais si les actes ne sont pas seulement contraires à la lettre des statuts, s'ils sont en opposition avec l'objet et le but du contrat, quel en sera le sort ? Les créanciers auront-ils le droit absolu de les attaquer, de les faire annuler, dans le cas même où, sur la provocation des administrateurs, l'assemblée générale y aurait donné son approbation ? L'affirmative n'est pas douteuse ; la fonds social est dans les sociétés anonymes, comme dans toute autre espèce de société commerciale régulièrement constituée, le gage des créanciers sociaux. Il leur appartient exclusivement, et ne peut être diminué par des engagements qui ne se réfèrent point à la société. De même donc que dans les sociétés en nom collectif et en commandite, les créanciers ont l'incontestable faculté de discuter les titres et de rejeter ceux qui ne concernent pas la société, les créanciers d'une société anonyme sont fondés à ne pas admettre au partage of d'un actif insuffisant pour acquitter toutes les dettes, des tiers qui, n'ayant pas traité avec la société, et ne lui ayant ainsi rien fourni en compensation du titre dont ils sont porteurs, n'ont rien à réclamer de son avoir. L'approbation donnée par une assemblée générale ne peut pas faire que la dette d'un des administrateurs personnellement devienne une dette sociale. Une telle approbation est une fraude dont les créanciers sérieux et légitimes doivent d'autant moins souffrir, que les actionnaires dans la société anonyme, n'étant pas tenus personnellement des engagements de la société, cèdent plus facilement au désir des gérants.

495. Mais ce n'est pas seulement aux créanciers qu'il appartiendrait de contester, en ce cas, et de faire rejeter les opérations étrangères à la société, contraires à ses statuts, ou dont les résultats seraient de grever l'être moral d'obligations illégitimes ; un actionnaire individuellement aurait le même droit. Les délibérations de l'assemblée générale, toutes-puissantes, quand elles se rattachent à l'exécution des statuts, ou quand elles ont pour objet des actes et des faits qui, bien que non prévus par la convention, ont une relation nécessaire avec l'exploitation des affaires sociales, sont inefficaces et nulles quand elles vont au delà, et l'actionnaire qui n'y a point pris part s'oppose valablement à leur exécution.

La cour royale de Bordeaux a jugé, le 21 décembre 1840, qu'un actionnaire isolément avait qualité pour critiquer un emprunt dont les stipulations, disait-il, constituaient des avantages excessifs au profit des prêteurs.

Il n'y aurait plus de sécurité pour les actionnaires si, enchaînés par des délibérations qui blessent ou la convention ou la loi, ils étaient privés de la faculté de se plaindre, et de signaler les illégalités qui peuvent les ruiner.

496. En résumé, les statuts des sociétés anonymes doivent être appliqués avec largeur, et s'étendre à tous les faits qui se rapportent à la société ; il n'est pas nécessaire que les opérations y aient été prévues pour être valables.

Toutes les dispositions qui intéressent l'ordre public et les tiers doivent être exécutées à peine de nullité, et la société, comme les tiers, a le droit de repousser les dérogations qu'on a pu y faire, sauf aux tiers, s'ils ont été induits en erreur, à réclamer des dommages-intérêts contre les administrateurs avec lesquels ils ont traité.

Tout ce qui est contraire à l'objet du contrat est également frappé de nullité : les tiers et la société peuvent se plaindre ; les tiers, pour conserver intact le gage que la loi leur confère ; la société, pour que les gérants, en étendant hors des cas prévus le mandat qui leur est confié, ne causent point sa ruine.

Mais quant aux dispositions réglementaires, si l'administration a souffert que l'application en fût modifiée, et que les attributions se confondissent, les tribunaux peuvent, en s'appuyant sur l'interprétation donnée par la société même aux statuts, considérer comme valables des engagements qui ne sont pas conformes à leur texte. Les statuts, en pareil cas, ont le sort des conventions particulières que les parties modifient à leur gré.

497. Nous dirons, en terminant, que le législateur n'a pas exigé l'autorisation seulement pour les sociétés anonymes, qui intéressent à un si haut degré le commerce et l'industrie. Il a soumis à la même né-

cessité toutes les conventions qui peuvent exercer sur la fortune publique une influence plus ou moins grave, ou qui, se rapprochant de la société anonyme, réclament une surveillance particulière, pour que le public ne soit pas induit en erreur.

Ainsi, la loi du 24 germinal an IX dispose (art. 31) qu'aucune banque publique ne pourra s'élever sans l'autorisation expresse du gouvernement. On ne peut pas permettre au premier venu de battre monnaie aux dépens du public. Il faut, avant tout, qu'il justifie de sa moralité, de sa fortune, et qu'il soit certain que le papier qu'il émettra, par signe de convention par lui-même, est la représentation d'un capital réel.

Ainsi encore, un avis du conseil d'État, du 25 mars 1809, inséré au *Bulletin des lois*, décide :

« Qu'aucune association de la nature des tontines ne peut être établie sans autorisation spéciale donnée par le chef de l'État dans la forme des règlements d'administration publique. »

Les motifs de cette décision sont ceux-ci :

« Qu'une association de la nature des tontines sort évidemment de la classe commune des transactions entre citoyens, soit que l'on considère la foule des personnes de tout état, de tout sexe et de tout âge, qui y prennent ou qui peuvent y prendre des intérêts, soit que l'on considère le mode dont ces associations se forment, mode qui ne suppose entre les parties intéressées ni ces rapprochements, ni ces discussions si nécessaires pour caractériser un consentement donné avec connaissance de cause, soit que l'on considère la nature de ces établissements, qui ne permet aux associés aucun moyen efficace et réel de surveillance, soit enfin que l'on considère leur durée toujours inconnue, et qui peut se prolonger pendant un siècle ;

Qu'une association de cette nature ne peut, par conséquent, se former sans une autorisation expresse du souverain qui la donne, sur le vu des projets de statuts de l'association, et qui lui impose des conditions telles que les intérêts des actionnaires ne se trouvent compromis ni par l'avidité, ni par la négligence, ni par l'ignorance de ceux à qui ils auraient confié leurs fonds, sans aucun moyen d'en suivre et d'en vérifier l'emploi, sur la foi de promesses presque toujours fallacieuses ;

« Que l'expérience n'a que trop démontré les conséquences funestes de l'oubli de ces maximes, et du défaut d'une autorisation spéciale du gouvernement ; ce défaut d'autorisation et de toutes mesures contre les abus ayant laissé les actionnaires sans défense et la gestion sans surveillance réelle. » (**Add.** Troplong, n° 460 2°.)

Ainsi encore, il résulte d'un avis du conseil d'État, du 15 octobre 1809, également inséré au *Bulletin des lois*, que les sociétés d'assurance mutuelle contre l'incendie, la grêle, la mortalité des bestiaux, ne peuvent se former sans que leurs statuts aient été soumis à l'administration et approuvés par le chef de l'État :

« Parce que ces sociétés ne peuvent remplir le but de leur institution, qu'autant que les statuts ont pourvu, par des règles prévoyantes, à déterminer d'une manière positive et précise la variété et la mesure des engagements réciproques des associés, et toutes les formes de l'exécution de ces engagements ;

« Parce que ces engagements et leur exécution peuvent, par leur mesure connue, par leur mode, intéresser l'ordre public. »

Les assurances sur la vie des hommes sont soumises à la même condition (1) (**Add.** Troplong, n° 471 2°).

---

(1) Il nous paraît utile de rappeler une circulaire du 9 avril 1819, qui pose, sur tous les points que nous avons examinés, des règles très-précises.

Extrait d'une circulaire du ministre de l'intérieur, relative aux sociétés anonymes.

« Si les commerçants peuvent se passer d'autorisation pour toute espèce de spéculations licites, c'est lorsqu'ils agissent sous leur propre nom, sous leur responsabilité, ou en se liant dans des *sociétés collectives*. Suivant les art. 20 et 21 du code de commerce, de semblables sociétés ne peuvent s'appeler *administration*, *direction*, *compagnie*, *chambre*, etc., ni leurs agents signer en simple qualité de directeurs ou d'administrateurs ; car leur dénomination et leur signature doivent former une raison sociale qui ne peut contenir que des noms d'associés.

« Par cette forme, tous les associés gérants sont indéfiniment engagés, solidaires et contraignables par corps.

« La société *anonyme*, au contraire, n'a point de *raison sociale*, soit pour dénomination, soit pour signature : elle n'est désignée par aucun nom de sociétaire, et elle se qualifie par l'objet de son entreprise. Quand elle est régulière, les associés ne sont engagés que jusqu'à concurrence de leurs actions ; ils ne sont pas solidaires ; les gérants ne sont que des mandataires qui ne s'obligent point personnellement.

« Mais aussi cette société ne peut exister qu'avec l'autorisation du roi, et avec son approbation pour l'acte qui la constitue.

« Ainsi, quand on voit une entreprise sous un titre d'*administration* ou autre semblable, dont le gérant ne signe pas *un tel et compagnie*, mais se qualifie *directeur*, par cela seul, l'entreprise se donne pour une *société anonyme*. Or, en ce cas, on doit s'assurer si elle est autorisée, car sans cela elle est nulle comme anonyme. Ceux qui y prendraient des actions auraient à redouter de partager la peine de cette nullité, en se trouvant engagés et solidaires pour tous, et le public aurait à craindre, de son côté, de ne rencontrer que des garanties imaginaires ; car un des principaux motifs que la loi a eus en vue en exigeant l'autorisation du gouvernement, c'est de s'assurer préalablement de la réalité d'un fonds capital mis dans la société. On ne peut être sûr qu'il existe, si cette autorisation ne le certifie, et quand les associés évitent de la demander, c'est qu'apparemment ils ne sont pas en état de justifier d'une mise réelle.

« Dans certaines entreprises, c'est leur nature même qu'on a voulu soumettre à l'approbation, afin que le public, à qui elles offrent leurs services, ne fût pas trompé. Aussi, indépendamment de ce qu'exige la forme des sociétés anonymes, une autorisation du gouvernement serait encore requise,

« 1° Suivant la loi du 24 germinal an XI, pour les banques publiques ;

« 2° Selon l'avis du conseil d'État du 25 mars 1809, approuvé le 1er avril suivant, pour les *tontines et autres établissements du même genre* ; ce qui comprend les caisses de prévoyance, d'accumulation, les assurances sur la vie des hommes ;

« 3° Selon l'avis du conseil d'État du 30 septembre 1809, approuvé le 15 octobre suivant, pour les assurances mutuelles contre les incendies et contre les autres fléaux. Par les assurances mutuelles, on entend celles où les propriétaires mettent en commun les risques qu'ils courent, et s'associent, non pour gagner, mais pour répartir entre eux les pertes accidentelles qui tomberaient sur leurs propriétés.

« Les auteurs de plusieurs projets se hâtent d'annoncer que leurs plans ont obtenu l'approbation ; ils font quelquefois passer pour telle un accusé de réception pur et simple ; mais l'autorisation légale consiste exclusivement dans une ordonnance du roi, conformément aux art. 37 et 45 du code de commerce. Ces ordonnances sont insérées très-exactement au *Bulletin des lois* et au *Moniteur* ; ainsi, nul ne peut supposer une autorisation qui admet de telles preuves et une telle publicité.

« Vous devez prévenir le public contre les erreurs où des entrepreneurs sans caractère et sans consistance pourraient entraîner les particuliers. Vous devez aussi déférer à la justice, quand

Art. 38. Le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 39. *Toute société en commandite pourra diviser son capital en actions, sans être pour cela réputée société anonyme, et sans qu'aucune des dispositions de la loi concernant ce genre de société lui soit applicable* (a).

(a) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

L'ARCHICHANCELIER craint que cet article, tel qu'il est rédigé, n'offre le moyen d'échapper aux dispositions de l'article 35. On formera une société prétendue *en* commandite; une seule personne paraîtra; cependant on divisera l'intérêt en plusieurs actions, qu'on distribuera entre les personnes qui se présenteront, et auxquelles on donnera facilement le nom de commanditaires. Ainsi la société sera vraiment anonyme, et cependant elle pourra exister sans l'autorisation du gouvernement.

L'article est adopté avec retranchement de la dernière disposition.

SOMMAIRE.

498. Quand on prépara le code de commerce, on pensa généralement qu'aucune société par actions ne pouvait exister sans l'autorisation du gouvernement.
499. Les tribunaux et les chambres de commerce réclamèrent la liberté la plus complète pour les sociétés dans lesquelles une gérance responsable et solidaire servait aux tiers de garantie.
500. L'article 38 du code de commerce a consacré cette distinction, en permettant la division du capital des sociétés en commandite par actions, soit nominatives, soit au porteur.
501. Opinion contraire de Pardessus, Locré, Persil et Dupin aîné.
502. Réfutation par Devaux du Cher.
503. Arrêt conforme de la cour de Paris.
504. Une société formée par actions pour l'exploitation d'un brevet d'invention est valable sans autorisation du roi.
505. Lorsque le gérant de la commandite souscrit personnellement pour un certain nombre d'actions, les tiers ne peuvent prétendre que le fonds capital n'est pas entier, et attaquer les commanditaires au versement d'une somme équivalente à la souscription du gérant.
506. Réflexions sur le danger des sociétés en commandite par actions. Il est à désirer qu'on revienne à la pensée des auteurs du code, et qu'aucune société de ce genre ne puisse être formée sans autorisation du roi.
506 2°. *Abus qu'on a fait de la commandite. On en a demandé la suppression, ainsi qu'une révision de la loi* (TROPLONG, n° 148).
506 3°. *La loi doit rester telle qu'elle est, et les esprits timides doivent calmer leurs frayeurs* (TROPLONG, n° 149).
506 4°. *Discussions pour prouver la légalité et l'utilité des actions au porteur dans la commandite* (TROPLONG, n° 150).
506 5°. *Objections* (TROPLONG, n° 151).
506 6°. *Réponse. Dans une société en commandite, la considération des personnes n'est intéressante qu'en ce qui concerne les gérants, mais non pas en ce qui concerne les autres associés* (TROPLONG, n° 152).
506 7°. *Il importe que les actionnaires nouveau venus arrivent par des actions nominatives ou des actions au porteur. Suite* (TROPLONG, nos 153, 154).
506 8°. *La création d'actions au porteur ne soustrait pas les actionnaires à leurs obligations* (TROPLONG, n° 155).
506 9°. *Preuve de cette proposition de commanditaire à commanditaire, ou de commanditaire au gérant* (TROPLONG, n° 156).
506 10°. *Preuve à l'égard des tiers. Suite* (TROPLONG, nos 157, 158, 159).
506 11°. *Réponse à l'objection tirée de ce que les commanditaires cachés sous des actions au porteur pourront gérer. Suite* (TROPLONG, nos 160 à 164).
506 12°. *Arguments tirés du texte de l'art. 38 du code de commerce. Suite* (TROPLONG, nos 165, 166).
506 13°. *Réponse à l'objection tirée de ce que la création d'actions au porteur tend à confondre la société en commandite avec la société anonyme. Confusion reprochée à l'archichancelier Cambacérès. Suite* (TROPLONG, nos 167, 168, 169).
506 14°. *Réponse à des préjugés, pour achever la réponse aux objections* (TROPLONG, n° 170).
506 15°. *Suite et conseils* (TROPLONG, n° 171).
506 16°. *État actuel des esprits* (TROPLONG, n° 172).

COMMENTAIRE.

498. Un article du projet de code, rédigé en l'an IX, portait qu'aucune société par actions ne pourrait s'établir sans une autorisation du gouvernement.

Au conseil d'État, la même idée se reproduisit et prévalut. On a vu dans le fragment de rapport que nous avons cité plus haut (n° 473), qu'aux yeux de Regnaud de Saint-Jean-d'Angely, la société par actions ne devait pas être distinguée de la société anonyme, et que, pour l'une comme pour l'autre, l'intervention du gouvernement était indispensable.

« L'ordre public, disait de son côté l'archichancelier Cambacérès, est intéressé dans toute société « qui se forme par actions, parce que trop souvent « ces entreprises ne sont qu'un piége tendu à la cré- « dulité des citoyens. Point de doute qu'une société « qui travaille sur ses propres fonds, n'ait pas besoin « d'autorisation; mais si elle forme ses fonds par des « actions mises sur la place, il faut bien que l'auto- « rité supérieure examine la valeur de ces effets, et « n'en permette le cours que lorsqu'elle s'est bien « convaincue qu'ils ne cachent pas de surprise. »

Cette opinion était conforme aux précédents. Les

---

il y a lieu, ceux qui essayeraient d'agir contre la disposition de la loi, ou en vertu de sociétés imaginaires; puisque, suivant l'expression du code, sans l'autorisation royale elles n'existent pas, etc. »

sociétés par actions, celles même qu'on avait qualifiées de sociétés en commandite, ne s'étaient, jusqu'alors, établies en France qu'en vertu d'édits enregistrés dans les parlements.

Elle était conforme aux lois des pays étrangers, de l'Angleterre notamment, où les contrats de cette nature ne peuvent avoir lieu sans un acte d'*incorporation* émané du pouvoir législatif.

Elle était conforme, surtout, à l'idée dont tous les esprits étaient pénétrés, que les sociétés par actions ne devant s'appliquer qu'à des entreprises dont le sort intéresse le gouvernement, on ne les pouvait entourer de trop de précautions. Les souvenirs se reportaient naturellement à la compagnie des Indes, organisée par Law, et à celles de même nature qui s'étaient établies, auparavant, sous le patronage de Colbert.

499. Les tribunaux et les chambres de commerce réclamèrent à peu près universellement contre cette pensée des législateurs, en tant qu'elle s'appliquerait aux sociétés en commandite. Ils demandaient la plus entière liberté pour les associations dans lesquelles la division du capital par actions se combinant avec une gérance solidaire et responsable, les intérêts des tiers se trouvaient garantis.

C'était une grave dérogation au passé. Cependant, sur la proposition de Treilhard, elle fut adoptée par les motifs suivants :

1° Que le gouvernement ne devait jamais intervenir sans nécessité dans les contrats privés ;

2° Que l'autorisation donnée aux sociétés en commandite par actions pourrait sembler un privilége, et devenir une source d'abus ;

3° Enfin, que toute société dont les gérants étaient responsables indéfiniment, et solidaires, ne devait pas être gênée dans ses combinaisons (**Add.** Troplong, n° 399).

500. Telle a été l'origine de l'art. 38 du code de commerce. En fallait-il conclure que le capital d'une société en commandite pouvait se diviser non-seulement en actions nominatives, mais encore en actions au porteur?

501. Quoique Locré (sur les articles 35 et 38 du code de commerce) et, après lui, Pardessus (*Cours de droit comm.*, t. IV, n° 1033) eussent exprimé l'opinion qu'on ne pourrait, sans dénaturer la commandite, créer des actions au porteur, l'usage contraire prévalut ; et un assez grand nombre de sociétés avaient été contractées sous cette forme, lorsque en 1830, à l'occasion d'une société organisée pour une exploitation de messageries, la question fut solennellement débattue devant la cour de Paris.

Voici comment le système des actionnaires qui provoquaient la nullité fut développé dans une savante consultation délibérée par deux des premiers jurisconsultes du barreau de Paris (MM. Persil et Dupin aîné).

« Le contrat de société, dit l'article 18 du code de commerce, se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce et par les conventions des parties.

« Le droit civil définit la société, en général, un contrat par lequel *deux ou plusieurs personnes* conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter (art. 1832 du code civil).

« Dans ce contrat, les personnes jouent le principal rôle ; c'est leur convenance personnelle, c'est le choix qu'elles font respectivement l'une de l'autre, c'est l'accord qu'elles attendent de cette réunion qui les ont déterminées à contracter ; l'intervention d'un tiers que l'une d'elles n'agréerait pas serait repoussée, ainsi que le décide l'article 1861 du code civil.

« Les lois particulières au commerce ne dérogent pas à cette règle ; il résulte même des définitions qu'elles donnent des diverses espèces de société, que, sauf l'exception relative à la société anonyme, où ce sont seulement des capitaux qu'on associe, chacune d'elles se détermine et se fixe d'après la considération des personnes.

« Nous ne nous arrêterons pas à démontrer cette vérité relativement aux sociétés en nom collectif ; le simple bon sens révèle que deux ou plusieurs personnes ne peuvent pas mettre en commun leur fortune, leur industrie, leur responsabilité personnelle, sans se connaître et s'agréer. Il faut faire, discuter et signer le pacte social, et tout cela ne peut pas avoir lieu entre des anonymes.

« Il en doit être de même pour la société en commandite ; c'est au moins ce que suppose la définition qu'en donne, en ces termes, l'article 23 du code de commerce :

« La société en commandite *se contracte* entre *un*
« *ou plusieurs associés* responsables et solidaires, et
« *un ou plusieurs associés* simples bailleurs de fonds,
« que l'on nomme commanditaires ou associés en com-
« mandite. »

« La considération des personnes entre encore pour beaucoup dans la formation de ce contrat. C'est parce que l'on connaît la moralité, la capacité, la fortune des gérants que l'on consent à leur confier des capitaux. C'est parce que les gérants sont édifiés sur le caractère paisible des commanditaires, sur leur exactitude à remplir leurs engagements, qu'ils les reçoivent parmi eux. Les uns et les autres consentent à se réunir et à contracter ensemble : or, pour contracter, il faut se voir, se connaître et signer, pour ainsi dire, sous les yeux les uns des autres.

« Dans les deux espèces de société que nous venons de définir, il y a société de *personnes* d'abord, et de *capitaux* ensuite, à la différence de la société anonyme, dans laquelle il n'y a que société de capitaux sans réunion de personnes, et sans même qu'il soit besoin de l'indication de leur nom.

« De là, cette différence, que nous essayons en ce moment de démontrer, entre les actions de l'une ou l'autre espèce de société et leur mode de transmission.

« Dans la société anonyme, tout doit rester inconnu, hors le capital social. Quels que soient les titulaires des actions, les choses n'en restent pas moins ce que le pacte social et l'ordonnance royale les ont faites : peu importe que les actions soient nominatives, ou au porteur.

« Dans la société en commandite, au contraire, les contractants ne peuvent pas ne pas se connaître. Dès qu'ils ont contracté des obligations respectives, il faut bien qu'ils sachent où se trouver pour se contraindre réciproquement à les exécuter. De là cette conséquence, que, si la commandite est divisée en actions, ces actions doivent être nominatives et non au porteur, et que, si elles sont transmissibles sans l'agrément de la société, la transmission ne peut s'opérer que par un acte qui fasse connaître le légitime titulaire.

« Toutefois, l'article 18 du code de commerce, qui a servi de point de départ à notre discussion, porte que, outre le droit civil et les lois particulières au commerce, les conventions des parties doivent aussi régir le contrat de société ; or, pourquoi ces conventions ne pourraient-elles pas établir que les actions d'une société en commandite seraient au porteur ?

« Parce qu'il y aurait incompatibilité absolue entre

les actions au porteur et les règles de la société en commandite ; parce qu'avec le caractère de ces actions et leur mode de transmission, il n'y aurait jamais de société de personnes se connaissant et s'étant déjà agréées ; parce qu'enfin cette stipulation et la facilité qu'elle donnerait de placer anonymement les actions contiendraient une dérogation aux règles qui sont de l'essence des sociétés en commandite.

« Attachons-nous de suite à prouver toutes ces propositions.

« Que la société en commandite soit nécessairement une société de personnes d'abord, et ensuite de capitaux, c'est ce qui résulte de tout ce qui précède. L'article 23 du code de commerce, que nous avons transcrit, ne laisse rien à désirer à cet égard.

« S'il en est ainsi, on ne peut pas (nous ne dirons pas *convenir*, car la convention suppose une proposition agréée par des personnes qui se voient ou au moins qui s'entendent), mais établir que les actions seront au porteur.

« Aucun lien n'existerait ni entre les commanditaires entre eux, ni entre les commanditaires et les gérants. Tous seraient inconnus les uns aux autres ; ils seraient en société sans avoir contracté ensemble, sans s'être vus, sans se connaître, et souvent quand il existerait une incompatibilité qui les éloignerait les uns des autres.

« Lorsque la commandite est divisée en actions nominatives, le contrat est formé entre des personnes qui se connaissent ; le nom des titulaires est dans l'acte ou dans les registres de la société. Si, plus tard, les actions passent dans des mains ignorées, c'est en vertu des pouvoirs que l'on a donnés aux premiers titulaires, auxquels on s'en est rapporté pour le choix de leurs successeurs ; un nom est toujours remplacé par un autre nom, et l'on sait à qui s'adresser, soit pour l'accomplissement des conditions sociales, soit pour la responsabilité que la loi attache à la qualité de commanditaire.

« Ceci nous conduit à notre seconde assertion, qui consiste à mettre en principe que les actions au porteur sont incompatibles avec les règles de la société en commandite.

« Deux règles principales dominent et régissent cette espèce de société ; ce sont les articles 26 et 28 du code de commerce qui nous les fournissent.

« L'article 26 oblige les commanditaires à faire leur mise, et les rend responsables des pertes sociales jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont mis ou dû mettre dans la société.

« Lorsque, en prenant les actions, les associés en payent intégralement le montant, il est sans doute indifférent, relativement à la mise sociale, de connaître le nom des actionnaires ; mais si, comme cela arrive souvent, l'action ne se paye qu'en partie, quel moyen aura-t-on, après la délivrance de l'action, pour faire payer le surplus ? à qui s'adresseront les gérants et les tiers eux-mêmes ? Si l'action est nominale, le souscripteur et le titulaire connus sont là pour répondre ; si l'action est au porteur, il n'y aura personne à qui l'on puisse s'adresser.

« Quand la société s'annonce bien, et qu'on peut en espérer des bénéfices, tout le monde paye ; il y a des profits à recueillir. Mais c'est lorsque la société est en perte, lorsqu'elle est en faillite, ou au moment d'y tomber, qu'il devient urgent pour les tiers, pour les créanciers de l'établissement surtout, d'avoir un moyen de forcer les commanditaires à verser leurs dernières mises.

« A qui s'adresseront-ils, quand les actions seront au porteur ? Vainement la loi aura dit, dans l'art. 28, que les commanditaires sont passibles des pertes jusqu'à concurrence des fonds qu'ils doivent mettre dans la société ; vainement elle leur aura donné une action directe contre eux, on pourra la paralyser en ne nommant pas les commanditaires, et en les mettant à l'abri sous le voile de l'anonyme.

« On dira que les porteurs d'actions perdront ce qu'ils ont déjà payé ; mais ce n'est pas à une partie de leur mise que la loi fixe la perte que doivent supporter les commanditaires : ils sont passibles de toutes les pertes jusqu'à concurrence de leur mise intégrale ; et si quelque stipulation de l'acte social a pour effet nécessaire de restreindre cette responsabilité des commanditaires, elle est nulle, comme contraire à l'essence même de la société à laquelle on l'a rattachée.

« L'article 28 du code de commerce, qui contient la deuxième règle que nous avons déjà annoncée, vient à l'appui de cette démonstration, qui, du reste, ne nous semble rien laisser à désirer ; il dispose que l'associé commanditaire qui fait acte de gestion, ou qui est employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration, est obligé, solidairement avec les associés en nom collectif, pour toutes les dettes et engagements de la société.

« Cette règle, qui est de l'essence de la société en commandite, et qui est devenue la seule sauvegarde des tiers créanciers de l'établissement, est à rayer de notre législation, si l'on tolère les actions au porteur dans ces sortes de sociétés. Les commanditaires, toujours inconnus, se joueront des dispositions pénales de la loi ; ils entreront dans l'établissement, ils le géreront en leur nom ou comme porteurs de procurations, et lorsque la faillite arrivera, ils disparaîtront sans qu'on puisse leur prouver qu'ils étaient associés.

« On dit que nous prenons ici une *difficulté* pour une *impossibilité* ; qu'il peut être plus ou moins difficile de prouver à un homme qui s'est immiscé dans les affaires sociales, qu'il est associé commanditaire, mais enfin que cela n'est pas absolument impossible.

« Nous accorderions qu'il n'y a qu'une difficulté extrême, que notre conclusion serait la même. La loi, en effet, n'a pas pu vouloir mettre une espèce de sauvegarde dans les mains des créanciers, sans leur laisser en même temps le moyen d'en user ; et ce ne serait qu'à l'aide d'une espèce de miracle qu'ils pourraient parvenir à prouver la qualité d'associé dans un homme qui nierait avoir eu, *pour son compte*, la détention d'une ou plusieurs actions au porteur ; on pourrait dire que la difficulté équivaudrait à l'impossibilité.

« Mais nous maintenons ce que nous avons avancé ; nous soutenons qu'il y a impossibilité légale de prouver qu'un homme est commanditaire, lorsque la commandite est divisée en actions au porteur.

« Toutes sociétés, porte l'article 1834 du code « civil, doivent être rédigées par écrit, lorsque leur « objet est d'une valeur de plus de 150 francs. » Ce principe s'applique aux sociétés de commerce comme aux autres sociétés ; c'est textuellement décidé par les art. 18 et 41 du code de commerce.

« Une autre règle non moins certaine, puisqu'elle est littéralement écrite dans l'article 1353 du code civil, dit que l'on ne peut admettre des présomptions que dans le cas seulement où la loi admet la preuve testimoniale.

« En présence de ces principes, comment pourrat-on arriver à prouver qu'un homme qui s'est immiscé dans la société, et qui en fait les affaires, est devenu l'un de ses membres en acceptant des actions au porteur ?

« On ne pourrait pas invoquer contre lui d'acte écrit, puisqu'il n'en existe pas. On ne pourrait pas davantage offrir la preuve testimoniale, ni invoquer des présomptions, puisque la loi, dans ce cas, n'admet ni l'un ni l'autre.

« Nous avons entendu parler de livres, de correspondance, de notoriété publique.

« Les livres! la correspondance! C'est supposer qu'il n'y a que des commerçants qui puissent devenir actionnaires, tandis que les commandites ont pour but principal d'associer à l'industrie les *capitaux civils*. La loi, en frappant de responsabilité les commanditaires qui gèrent, a voulu punir une fraude, une qualité déguisée. Or, serait-il croyable qu'on allât consigner dans ses écritures la preuve de sa dissimulation?

« La notoriété publique! C'est à peu près comme si l'on disait qu'à l'aide de la notoriété publique, on pourrait établir qu'à telle époque tel individu était possesseur de tel billet de banque.

« Et quand, d'une manière quelconque, on arriverait à prouver que, dans un temps donné, un homme qui gère les affaires sociales a eu des actions, on n'aurait pas encore atteint le but; il resterait à établir que c'était pour son compte qu'il les avait, et non pour celui d'un complaisant qu'il lui suffirait d'indiquer.

« Répétons-le donc : il y a une véritable impossibilité légale à prouver l'association d'un porteur d'action non nominale, et par cela seul, il y a incompatibilité de cette espèce d'action avec la société en commandite. La loi n'a trouvé qu'un moyen de soustraire les tiers aux grands inconvénients que présente la société en commandite, c'est de rendre les commanditaires indéfiniment responsables lorsqu'ils font quelque acte de gestion; mais l'effet nécessaire des actions au porteur, dans cette société, étant de leur ravir cette garantie, il est de toute évidence qu'elles sont contraires à l'essence même de cette espèce de société.

« Toutefois, on fait une objection qui mérite d'autant mieux de fixer notre attention, qu'elle est prise dans le texte même de la loi; on dit :

« L'art. 34 du code de commerce s'exprime ainsi :

« Le capital de la société anonyme se divise en actions, et même en coupons d'action, d'une valeur égale. »

L'article 35 ajoute : « L'action peut être établie sous la forme d'un titre au porteur. Dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre. »

Enfin l'article 38 dispose que « le capital des sociétés en commandite pourra être *aussi* divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux règles établies pour ce genre de société. »

« En permettant, continue-t-on, de diviser le capital des commandites en actions, comme dans les sociétés anonymes, la loi a placé sur la même ligne les actions de l'une et l'autre association. Elle en a toléré le même mode de transmission, puisque, après avoir dit que le capital des sociétés anonymes se divisera en actions nominales ou au porteur, elle ajoute qu'il en sera de même du capital des sociétés en commandite.

« La réponse à cette objection se trouve dans l'article 38 lui-même, dans lequel néanmoins on l'a puisée. Cet article ne dit pas, comme on le suppose, qu'il en sera des actions dans les commandites comme des actions dans les sociétés anonymes; il dispose seulement que le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions. Mais quel sera le caractère de ces actions? Seront-elles au porteur ou nominatives? Voilà ce que nous ne trouvons pas textuellement dans cet article, quoique ses dernières dispositions puissent nous mettre sur la voie pour connaître la pensée du législateur.

« Après avoir décidé que le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, il ajoute : *sans aucune autre dérogation* aux règles établies pour ce genre de société.

« C'est donc une dérogation que cette division en actions; et en effet, suivant la règle générale que nous avons établie en commençant, c'est rompre l'association de personnes qui existe d'abord dans une société en commandite; c'est permettre, contrairement à l'article 1861 du code civil, d'associer à la société une tierce personne sans le consentement des autres associés.

« Mais l'art. 38 ne permet pas *d'autre* dérogation; c'est son texte qui le dit; en cette matière, tout est de rigueur; il n'y a de permis que ce qui est textuellement accordé.

« Après cela, toute la question se réduit à ces mots : les sieurs Armand, Lecomte et compagnie, en divisant, dans leur acte, le capital social en actions au porteur, n'ont-ils pas dérogé aux règles établies pour la société en commandite ?

« Certainement oui; ils ont consacré, contrairement à l'art. 38 du code de commerce, une double dérogation.

« D'abord ils ont dérogé formellement à l'article 26. Par l'impossibilité où la société est placée de trouver les porteurs anonymes des actions, ils ont diminué la responsabilité des commanditaires qui, aux termes de cet article, étaient passibles des pertes sociales jusqu'à concurrence de ce qu'ils *devaient* mettre dans la société, et qui, d'après cette division en actions au porteur, ne le seront néanmoins que jusqu'à concurrence de ce qu'ils auront versé dans la société, au moment où elle fera de mauvaises affaires : le surplus sera à l'abri de toute poursuite, puisqu'on sera dans l'impossibilité de connaître ceux contre lesquels il serait permis de les diriger. Voilà une dérogation positive qui tourne contre les créanciers, que le législateur a néanmoins voulu protéger par l'article 26.

« La seconde dérogation n'est pas moins certaine; elle porte sur la condition vitale des sociétés en commandite, la responsabilité solidaire des commanditaires, en cas de gestion de leur part des affaires sociales. Nous avons déjà prouvé qu'en admettant les actions au porteur dans une société en commandite, on ouvrait l'établissement aux commanditaires, on les invitait à s'immiscer dans la gestion, à se présenter aux tiers comme responsables, et au moment du danger, à décliner toute responsabilité par l'impuissance dans laquelle on serait de prouver leur qualité d'associés.

« Cette dérogation est une des plus essentielles qu'on puisse faire subir à la commandite; elle détruit l'essence même de cette espèce de société, et voilà pourquoi on peut dire avec assurance qu'elle n'est pas autorisée par l'article 38 du code de commerce, qui ne permet qu'une chose, la division de la commandite en actions, mais en conservant du reste tous les autres caractères de cette association, et principalement la responsabilité à l'égard des tiers, condition sans laquelle la loi n'eût autorisé ni la division en actions, ni la commandite elle-même.

« On objecte encore que, dans toute commandite, les actions peuvent se transmettre par voie d'endossement, et que les inconvénients étant à peu près les mêmes que ceux signalés pour les actions au porteur, il n'y avait pas de raison pour admettre un mode et rejeter l'autre.

« Nous répondons que c'est argumenter d'un point

contesté pour en décider un autre qui ne l'est pas moins. Rien, en effet, n'est plus sujet à discussion que la question de savoir si des actions d'une commandite peuvent être transférées par voie d'endossement. L'article 36 du code de commerce semble, au contraire, supposer que ce n'est que par la déclaration sur les registres sociaux que peut s'opérer la mutation.

« Mais, quelle que soit l'opinion que l'on embrasse sur cette question, elle doit être sans influence pour la solution de la difficulté qui nous occupe.

« Il n'est personne qui ne comprenne qu'une différence capitale existe entre la seule tradition du titre et la transmission par endossement. Ce dernier mode laisse au moins des traces de chaque mutation, et la simulation, l'antidate, peuvent entraîner des conséquences devant lesquelles on pourrait souvent reculer.

« D'ailleurs l'action contient le nom du premier titulaire, qui est aussi porté sur les registres ; et en s'adressant à lui, on serait assuré de l'application de l'article 36, qui le rend passible des pertes jusqu'à concurrence des fonds qu'il s'était obligé de mettre dans la société. Comme il appellerait en garantie celui à qui il aurait endossé son action, on aurait la certitude d'arriver au véritable intéressé.

« Ainsi nous ne trouvons aucune analogie dans les actions au porteur et l'endossement des actions nominatives : celles-ci font connaître les titulaires ; les autres les classent dans le rang des anonymes, les dispensent à leur gré de l'obligation de faire leur mise, et les déchargent de la responsabilité solidaire en cas de gestion ou d'immixtion dans les affaires sociales. Cette double dispense est contraire à l'essence même des sociétés en commandite, et dès lors elle doit entraîner la nullité.

« L'ordre public est intéressé dans toute société qui se forme par actions, parce que trop souvent ces entreprises ne sont qu'un piége tendu à la crédulité des citoyens ; c'est pourquoi les actions doivent être autorisées par ordonnances royales, ou si elles sont appliquées à des sociétés en commandite, il faut qu'elles laissent subsister toutes les garanties sans lesquelles on n'eût pas permis ce genre d'association. Dès que la commandite n'est que dans la forme ou dans le nom, et la société anonyme dans la réalité, la nullité de l'acte existe tant qu'on n'a pas obtenu d'ordonnance d'autorisation.

« Les actionnaires eux-mêmes sont recevables à demander la nullité d'un pareil acte. Ils ont cru souscrire à une commandite, et c'est en définitive à une société en nom collectif qu'ils se trouvent engagés, ainsi que le remarque Pardessus. C'est donc tout à la fois erreur de droit et erreur de fait de leur part, erreur contre laquelle la loi leur permet de revenir en faisant prononcer la nullité de l'acte qui la contient. » (**Add.** Troplong, n° 147.)

502. Voici maintenant la réponse faite au nom de la société. Cette œuvre d'un des plus grands jurisconsultes (Devaux, du Cher) qui aient honoré le barreau français, nous a paru trop remarquable pour supporter une sèche analyse. Nous la reproduisons en entier (1).

Plusieurs avocats du barreau de Paris (Odilon Barrot, Dupin jeune, Mérilhou, Delangle, Mauguin), et du barreau de Rouen (Thil et Chéron) embrassèrent également cette thèse, si habilement déduite; Troplong lui prêta l'appui de son talent, et la cour de Paris la consacra par arrêt du 7 février 1832 (Dalloz, XXXII, 2, 107).

« Attendu qu'en thèse générale la société en commandite doit être considérée comme un contrat mixte, qui participe tout à la fois de la société en nom collectif et de la société anonyme; qu'il emprunte à la première ses gérants, à la seconde ses capitaux civils; que la seule différence qui existe entre le contrat de la société anonyme réside dans l'autorisation du gouvernement et la responsabilité des gérants; que, s'il est vrai de dire qu'il y ait un lien de droit indéfini pour les gérants qui sont associés en nom collectif, il faut reconnaître qu'il n'y a qu'une association de capitaux pour les commanditaires; qu'en effet, aux termes de l'art. 23 du code de commerce, ils ne sont que simples bailleurs de fonds ; que, suivant les dispositions des art. 25 et 43, leurs noms ne peuvent faire partie de la raison sociale, ni même être révélés dans les extraits des actes dont la publication est prescrite; qu'enfin, après avoir posé, dans les art. 34 et 35, que les sociétés anonymes peuvent être divisées en actions au porteur, le législateur, dans l'art. 35, ajoute que le capital des sociétés en commandite peut être aussi divisé en actions;

« Attendu qu'en posant ce principe, la loi n'établit aucune distinction; qu'il faut en conclure qu'elle a permis ce qu'elle n'a pas défendu; que les nullités sont de droit étroit; qu'elles ne peuvent être suppléées, lorsqu'elles ne sont point écrites;

» Attendu, au surplus, que si, par l'effet du contrat de société passé entre les sieurs Armand, Lecomte et compagnie, il peut arriver qu'une grande portion de la commandite ne soit pas fournie, quelque grave, quelque dangereuse que soit cette éventualité, les tiers ni les associés n'en peuvent prétendre cause d'ignorance, puisqu'il leur a été loisible de connaître les stipulations sociales avant de contracter;

« Attendu, enfin, qu'on ne saurait trop favoriser l'esprit d'association en France, puisqu'il est une des causes de la prospérité du commerce. »

Quelques mois plus tard la cour de Paris confirma cette doctrine par un nouvel arrêt du 14 février 1833. Cet arrêt juge en outre que, dans les cas où la convention sociale prescrit de notifier au gérant la transmission des actions que le commanditaire aliène, pour qu'il en soit fait mention sur les livres, la simple tradition suffit cependant pour investir le cessionnaire de la propriété :

« Attendu que le capital d'une société en commandite peut se diviser en actions, comme celui de toute autre société ; que, n'y ayant dans la loi aucune interdiction du mode de transfert des actions, le juge ne peut créer lui-même des prohibitions ; que le transfert par la remise du titre n'a rien d'incompatible avec la commandite, puisque, alors même qu'il faudrait transférer par acte signifié au gérant, celui-ci n'aurait aucun droit de refuser le nouveau propriétaire, si l'acte ne le lui donne pas d'une manière expresse ;

« Que la prohibition faite au commanditaire de s'immiscer dans l'administration, loin de s'opposer à la cession par simple remise du titre, prouve, au contraire, que le gérant, n'ayant aucun intérêt au changement de commanditaire, ne peut être fondé à le critiquer; que, si le nouveau propriétaire ne s'est pas fait connaître, il en résulte seulement que le gérant ne pourra jamais l'appeler aux assemblées ni aux distributions qui pourront être faites; que, d'ailleurs, le titre étant au porteur, les tiers ont dû ajouter foi à l'énonciation ainsi faite par la société elle-même; que, dès lors, Delaroque, nanti de ses actions, a droit de les conserver. » (Dalloz, XXXII, 2, 123.)

Cette doctrine est irréprochable. Il serait contre

(1) **Add.** Elle est reproduite en entier, et même plus complétement, dans nos annotations à Troplong, ci-dessus, p. 63.

toute raison de considérer comme substantielle une formalité dont l'objet est de mettre en rapport le gérant et les cessionnaires auxquels il devra désormais rendre compte de sa gestion. Quand la vente est parfaite, et que le prix est payé ou réglé, la simple remise du titre au porteur en transmet la propriété. Le gérant ne peut, sous prétexte qu'une notification n'a pas eu lieu, critiquer des stipulations dont le sort ne dépend point de sa volonté (**Add.** Troplong, nos 147 à 172).

504. Une question à laquelle le scandale des sociétés en commandite par actions donnait quelque importance, s'est élevée en 1839 et 1840. Il s'agissait de savoir si une société formée par actions pour l'exploitation d'un brevet d'invention était valable quand elle n'avait pas été autorisée par le gouvernement.

L'associé qui demandait la nullité de son engagement, invoquait la loi du 25 mai 1791, dont l'art. 14, tit. II, défend d'établir aucune entreprise par actions, pour la mise en œuvre des brevets; le décret du 25 novembre 1806, dont l'art. 1. substituant à la prohibition une faculté restreinte, n'avait autorisé les sociétés par actions que sous la condition espresse que le gouvernement y donnerait son assentiment; le silence du code sur ce point; enfin la spécialité de la disposition qui ne permettait pas d'y appliquer la loi générale.

Mais, par deux arrêts du 15 juillet 1839 et du 27 mai 1840 (Dalloz, XL, 2, 18 et 225), la cour royale de Paris repoussa la demande par les motifs suivants :

« Que le code de commerce ne soumet à la nécessité d'une autorisation du gouvernement que les sociétés anonymes, et que les sociétés en commandite, dont le capital est divisé en actions, en sont formellement affranchies ;

« Que si le décret du 25 novembre 1806 a permis de former des entreprises par actions pour l'exploitation d'un brevet d'invention, à la charge d'une autorisation du gouvernement, il faut entendre, par ces mots *entreprises par actions*, non la société en commandite, mais la société anonyme, qu'on désignait, avant le code, par le nom de société par actions ;

« Que telle est l'interprétation donnée au décret susdaté, par le gouvernement lui-même, qui n'a jamais voulu exercer le droit qu'on réclame pour lui. »

Ces motifs sont péremptoires. On ne peut pas chercher hors du code de commerce la décision des difficultés qui naissent des conventions de société, soit dans la forme, soit au fond : le code est désormais la règle unique à consulter.

505. Frémery, dans ses *Études du droit commercial*, ch. IX, p. 34, examine la question suivante : si, lorsqu'une société en commandite se forme par actions, le gérant peut valablement souscrire pour une partie quelconque du fonds social déterminé par les statuts ; et il décide que non, par le motif que si le fonds de commandite n'est pas entièrement formé par les actionnaires, on induit les tiers en erreur. Le gérant qui affirme qu'un capital de 100,000 francs, par exemple, lui est confié par des associés commanditaires, quand sur ces 100,000 francs il s'oblige d'en verser 20,000, fait une déclaration contraire à la vérité ; sa solvabilité ne s'est pas accrue de 100,000 francs.

Or, en cas de faillite, ne peut-on forcer les commanditaires, qui ont exigé que le gérant acquît des actions, à verser dans la caisse sociale une somme égale à ces actions? Frémery pense encore que non ; et, à son sens, quoiqu'il y ait eu faute de la part des commanditaires, si le gérant possédait et a effectivement employé, dans les opérations sociales, les 20,000 francs qu'il a promis, ils doivent échapper à toute condamnation.

Nous adoptons cette opinion, mais par un motif différent. Nous n'admettons pas qu'aucune faute soit imputable à des commanditaires qui imposent au gérant de la société l'obligation d'acquérir un certain nombre d'actions. La seule chose que puisse exiger le public, c'est que le capital déclaré soit complet. Or, qu'importe qu'il soit formé en partie des fonds du gérant? Est-ce que le gérant ne peut pas faire de son patrimoine l'usage qu'il juge convenable? Est-ce que les tiers, qui trouvent dans la caisse tout ce que l'acte leur promettait, ont à se plaindre, s'il provient de telle ou telle autre source? Le gérant est, sans doute, indéfiniment responsable des engagements de la société, et l'argent qu'il a consacré au payement des actions aurait été naturellement, et sans destination réglée d'avance, le gage des créanciers. La personne et les biens leur sont affectés par la loi. Mais cette éventualité ne paralyse point dans la main du gérant la disposition de sa fortune. Il aurait pu donner 20,000 fr., il aurait pu les dissiper; il les a consacrés à un achat d'actions ; il a usé de son droit.

C'est en ce sens, au surplus, que la loi a constamment été appliquée. Constamment, on a exigé du gérant qu'il engageât plus directement sa fortune, en la confondant en partie dans le fonds de commandite ; et, en l'exigeant, on n'a pas blessé les principes. Quand le capital déclaré est complet, la société satisfait à ses engagements envers le public.

506. Nous avons épuisé les questions qui se rattachent aux sociétés. Toutefois, avant de quitter ce sujet, comment ne pas faire quelques réflexions sur les faits qui se sont accomplis dans le cours des dernières années?

Quand la société en commandite a été instituée, elle a eu pour objet, comme Savary l'exprimait, et comme, après lui, l'ont répété les rédacteurs du code de commerce, d'attirer dans les entreprises commerciales les capitaux inactifs, de fournir à l'industrie les ressources dont elle manque, de donner le mouvement et la vie à des opérations dont le résultat est favorable aux intérêts généraux et privés.

Combien elle s'est écartée de ses voies!

En 1826, trente-deux sociétés en commandite par actions ont été formées, embrassant un capital de 36,397,000 francs. En 1838, il en existait 1,039, représentant un fonds de 1,008,029,300 francs, divisé en 1,308,686 actions! Et presque toutes ces sociétés étaient une œuvre de fraude et d'escroquerie! C'est pour tromper les actionnaires, pour les dépouiller et se faire à leurs dépens d'insolentes fortunes, qu'elles ont été imaginées. Des immeubles sans valeur, et d'une exploitation commercialement impossible, ont été apportés à des sociétés naissantes pour des sommes immenses. Des brevets d'invention d'un produit incertain ou nul ont servi de base à des associations de plusieurs millions; des piéges de tout genre ont été tendus à la crédulité, et les actionnaires, dépravés par le funeste exemple de fortunes rapidement acquises, se sont abandonnés à la passion du jeu. On n'a pas acheté des actions pour profiter des gains honnêtes du commerce, mais pour agioter. La contagion alors a gagné tout le monde; la corruption a pénétré dans tous les cœurs.

Aujourd'hui la fièvre s'est apaisée. Toutes ces sociétés, dont des journaux complaisants exaltaient l'avenir, ont disparu : il ne reste que la trace des ruines qu'elles ont faites. Mais tout s'oublie si vite en France! Le mal peut revenir avec la prospérité. Quand les capitaux abondent, la difficulté de les placer utilement donne de l'attrait aux spéculations hasardeuses. Le scandale dont nous avons été témoins peut se reproduire avec les mêmes dangers. N'y a-t-il pas moyen de le prévenir?

Il ne faut pas se le dissimuler, le mal est venu surtout de la faculté que donne la loi commerciale de diviser en actions le capital des sociétés en commandite. C'est dans la facilité de vendre et d'acheter que l'agiotage a trouvé son principal aliment : les actions sont devenues comme des billets de loterie, passant de main en main, d'autant plus rapidement, que personne à peu près n'avait confiance en leur valeur. Ne serait-il pas sage de modifier la loi, et de décider, comme le voulaient les principaux rédacteurs du code de commerce, qu'aucune société par actions ne peut exister sans autorisation du gouvernement?

En 1838, un projet de loi avait été proposé dans ce sens. Une commission nommée par la chambre des députés fut chargée de l'examiner; et, après de longues discussions, elle pensa qu'il valait mieux régler que supprimer le droit accordé par la loi commerciale; mais, oubliant que la première règle, en législation, est de ne poser que des principes, que les lois doivent être simples, et qu'il faut abandonner aux juges le soin d'en tirer les conséquences, elle entreprit de prévoir tous les cas; à un projet simple et clair, elle substitua une série de dispositions incohérentes et tracassières, pires assurément que la prohibition. Ce travail a eu le sort qu'il devait avoir : on a reconnu l'impossibilité d'en tirer profit; il a été laissé dans l'oubli. Mais raisonnablement on n'en peut rester là, une modification est nécessaire à l'art. 38 du code de commerce; et pour être efficace, cette modification doit consister à soumettre à la nécessité de l'autorisation royale les sociétés en commandite dont le capital sera divisé en actions.

Quel inconvénient en peut-il résulter? Craint-on que l'esprit d'association ne s'affaiblisse, et que la nécessité de recourir au gouvernement ne dégoûte des sociétés en commandite les capitaux civils? En Angleterre, la patrie du commerce et de l'industrie, des sociétés de simples actionnaires ne peuvent se former sans des actes spéciaux du parlement, appelés actes d'incorporation; pourquoi en serait-il autrement chez nous? Est-ce que le conseil d'État a jamais repoussé des sociétés anonymes, quand elles étaient sagement combinées, et quand, par l'ensemble de leurs dispositions, elles offraient aux intérêts qu'elles appellent de suffisantes garanties? Est-ce qu'on peut supposer que, pour les sociétés en commandite par actions, il se montrera plus difficile? Et quand, après tout, il rejetterait quelque projet en apparence bien conçu, quel mal en ressentirait le commerce?

Il ne résultera pas sans doute de la nécessité d'obtenir l'autorisation du gouvernement que le succès couronnera toutes les entreprises autorisées; mais la fraude et l'escroquerie ne seront plus possibles : on ne pourra plus essayer de nouveau les honteuses spéculations qui se sont accomplies au grand préjudice de la fortune des citoyens et de la morale publique; il n'y aura plus à craindre cet agiotage effréné, qui s'augmente de l'incertitude même et du danger de la possession des objets dont il s'alimente. C'est déjà faire beaucoup pour un peuple, que de lui enlever des occasions de corruption.

FORME DES ACTES DE SOCIÉTÉ.

Art. 39. Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du code civil.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 21. *Les sociétés en noms collectifs, en commandite et par actions, doivent être constatées par actes publics ou par actes sous signatures privées.*

Les actes sous signatures privées ne sont point sujets à l'enregistrement (a).

PROJET REVISÉ. — Art. 30. La dernière disposition est ainsi rédigée : « *Les actes de société ne sont assujettis qu'à un droit fixe de trois francs d'enregistrement.* » (b).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 42. *Les sociétés en nom collectif ou en commandite doivent être constatées par des actes publics ou sous signature privée* (c).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE CASSATION ET D'APPEL.

TRIB. DE CASSATION. — Art. 21, § 2. La disposition, étant conçue en termes généraux, semble déplacée; il faut la particulariser en l'appliquant à l'espèce et dire :

« Les actes sous signatures privées constitutifs d'une société ne sont point sujets à l'enregistrement. »

TRIB. DE PARIS. — L'art. 21 demande que les actes sous signatures privées portant établissement de sociétés, ne soient point sujets à l'enregistrement. Il n'y a point de raison pour les y soustraire; il y en a seulement pour modérer infiniment le droit, et cette raison est commune à beaucoup d'autres actes qui intéressent tous les citoyens. L'excès dans les droits fiscaux gêne toutes les transactions; il va même, contre l'intention du fisc, jusqu'à tarir la source du droit, en empêchant les citoyens de contracter. Cette considération a déjà été mise plus d'une fois sous les yeux du gouvernement.

TRIB. DE DIJON. — Art. 21. Les actes (de société) sous signature privée, ne sont point sujets à l'enregistrement.

Ces actes intéressent trop essentiellement des tiers pour être exceptés de la règle (la loi du 22 frimaire an VII, sur l'enregistrement, les y assujettit en effet d'une manière implicite). Que l'on modère le droit, la faveur du commerce y invite; mais que l'on ne néglige d'ailleurs aucune des précautions légales pour assurer la vérité de l'acte. On dira peut-être qu'il sera transcrit et publié au tribunal de commerce; mais combien d'autres actes où la loi multiplie les précautions, quoique peut-être essentielles !

TRIB. DE BRUXELLES. — Art. 21, 6e alinéa. On pense que l'on doit y ajouter : « A moins que la solidarité des actionnaires, ou de quelques-uns d'entre eux, n'ait été stipulée. »

Il importe à la sûreté du commerce que les actes de société sous signatures privées, soient soumis à l'enregistrement dans un court délai, afin de prévenir tous changements et altérations; mais la faveur due au commerce demande que ces actes, ainsi que ceux passés par-devant notaires, ne soient soumis qu'à un droit fixe.

TRIB. D'AGEN. — Art. 21. Les actes sous seing privé.

Ces actes doivent-ils être écrits sur papier timbré? Il paraît que non; il faut le dire.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 31. Il sera souvent difficile

d'exécuter cette disposition en matière de sociétés en nom collectif, et de dénier l'action à des associés ou contre eux sur le fondement qu'il n'en aura pas été rédigé un acte par écrit, lorsque la société sera d'ailleurs notoire par le fait.

TRIB. DE BORDEAUX. — Art. 21. Cet article dispense de l'enregistrement les actes de société sous signatures privées.

Cette disposition nous paraît entraîner de grands inconvénients. Il en résulte que les actes de société n'auront point de date certaine. Deux associés de mauvaise foi pourront à leur gré en changer les clauses et tromper la bonne foi de leurs créanciers. L'obligation imposée par l'art. 23, de remettre au greffe du tribunal de commerce l'extrait des actes de société, ne remédie qu'imparfaitement à ce danger.

En supposant que des associés remplissent exactement cette obligation, comme ils ne remettront au greffe du tribunal de commerce qu'un extrait de leurs conventions, il dépendra d'eux de changer au gré de leurs intérêts les clauses secondaires de leur association, et de dénaturer ainsi le contrat sur des points importants.

Nous pensons qu'il vaudrait mieux assujettir les actes de société faits sous signature privée, comme ceux rédigés en acte public, à un modique droit d'enregistrement.

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE COLOGNE. — Art. 21. La société en commandite peut être constatée par la simple correspondance.

TRIB. DE DIJON. — Art. 21. La loi du 22 frimaire an VII, relative au droit d'enregistrement, assujettit au droit fixe de trois francs les actes de société qui ne portent ni obligation, ni délibération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes.

Et au droit d'un franc pour cent francs, les contrats, transactions, dépôts de sommes chez un particulier, et tous autres actes qui contiendront obligation de sommes; et les actes de société y sont implicitement compris.

Si donc le code exempte de l'enregistrement les actes sous signatures privées, il faut rapporter l'article de la loi du 22 frimaire an VII.

TRIB. DE REIMS. — Même observation que Dijon.

TRIB. DE CAEN. — Art. 21 et 23. Ce titre est parfaitement conforme à l'ordonnance de 1673.

Par l'art. 21 il est dit que « les actes de société sous signatures privées ne seront point sujets à l'enregistrement. »

Par l'art. 23 : « L'extrait des actes de société devra être inscrit et affiché. »

Nous pensons qu'il serait à désirer qu'on énonçât positivement que l'extrait ne serait point sujet à l'enregistrement.

L'art. 21 énonce l'esprit de la loi.

TRIB. DU HAVRE. — Art. 21. Il doit résulter de la dernière disposition de cet article, qu'on peut s'en servir en justice sans cette formalité, et que le dépôt au greffe le supplée pour en constater la date. S'il n'en était pas ainsi, nous pensons que ces sortes d'actes ne devraient au moins être assujettis qu'à un droit fixe et modique, et non au droit proportionnel. Nous sollicitons la même justice pour les actes passés devant notaire, et que ces dispositions soient textuellement exprimées.

TRIB. DE NANTES. — Art. 21. On demande que les actes de sociétés, même constatées par actes publics, ne soient assujettis qu'à un droit fixe de trois francs; que toutes dispositions de lois contraires soient abolies; on sent combien cette disposition importe à l'avantage du commerce.

TRIB. DE ROUEN. — Art. 21. La loi de l'enregistrement, celle du timbre, peuvent être considérées sous un rapport commun, celui de la perception des droits qu'elles procurent au domaine national; mais la première eut d'abord pour objet de consigner dans un registre public l'existence de la nature des actes publics et privés, et d'en assurer la date et les principales conventions par l'extrait qui en reste au bureau.

C'est le seul avantage que les contribuables retirent des sommes qu'ils y versent.

La variété infinie des contrats a donné l'occasion de classer les actes, pour les soumettre à des droits plus ou moins considérables.

Suivant le § 4, section III de l'art. 68, titre X de la loi du 22 frimaire an VII, les actes de société qui ne portent ni obligation, ni délibération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes, et les actes de dissolution, qui sont dans le même cas sont sujets au droit fixe de trois francs.

Mais l'interprétation que l'on donne à des obligations, respectives entre associés, à des clauses éventuelles, enfin aux diverses stipulations, même le terme pour le versement des fonds sociaux dans la caisse sociale, laisse rarement les contrats de société dans la modicité du droit, lors même qu'il n'y a pas transmission de propriété, et lorsque cette transmission stipulée est balancée par quelque clause équivalente, résolutoire ou compensative.

Et il n'est pas extraordinaire que deux conventions ayant un effet contraire et destructives l'une de l'autre, servent de prétexte à la perception de deux droits proportionnels que l'on établit séparément et absolument sur chaque convention isolée.

Il est de l'intérêt du commerce et du gouvernement que le payement à faire pour remplir une formalité requise par la loi, n'effraye pas les commerçants, et ne s'oppose pas à la confection et à l'enregistrement des actes publics, qui donnent aux conventions sociales le caractère d'authenticité et en garantissent l'exécution, en même temps qu'ils sont profitables au trésor public.

Nous demandons que les actes publics contenant société soient sujets à un droit fixe de trois francs, quelles qu'en soient les dispositions.

(b) MOTIFS DU PROJET REVISÉ.

On nous a observé sur cet article, qu'en dispensant les contrats de société faits sous signatures privées, de la formalité de l'enregistrement, ils ne pourraient avoir de date certaine; qu'il était plus régulier de les y assujettir, mais en fixant le droit le plus modéré.

La modicité du droit est ici fondée en raison; l'acte de société commerciale n'est qu'un engagement éventuel, une sorte de projet de commerce; il ne peut être assimilé aux contrats dont les résultats sont certains.

(c) OBSERVATIONS DES SECTIONS RÉUNIES DU TRIBUNAT.

Il serait peut-être bon que tout acte de société fût passé devant notaire; mais en admettant qu'ils puissent être sous signature privée, on croit utile de rappeler quelles formes sont nécessaires à leur validité.

Après ces mots, *ou sous signature privée*, on ajouterait ceux-ci : *en se conformant à l'article* 1325 *du code civil.*

Art. 40. Les sociétés anonymes ne peuvent être formées que par des actes publics.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 43. Conf. à l'art. 40 du code.

Art. 41. Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent cinquante francs.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 22. *Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre le contenu dans les actes de société, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent francs* (a).

PROJET REVISÉ. — Art. 22. *Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre et outre le contenu dans les actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent francs* (b).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 45. Conf. à l'art. 41 du code (c).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE BORDEAUX. — Art. 22. Cet article n'admet aucune preuve par témoins contre le contenu des actes de société, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent francs.

Si cette exclusion de la preuve testimoniale n'était prononcée qu'entre les associés, l'article nous paraîtrait sagement conçu.

Mais il nous semble injuste de ne pas admettre la preuve testimoniale contre le contenu des actes de société au préjudice des tiers qui ne sont point intervenus dans ces actes.

Cette preuve est souvent indispensable; par exemple, les sociétés qui se forment dans les foires et marchés, et que les auteurs désignent sous le nom de *sociétés transitoires*, s'établissent presque toujours sans écrit; le plus souvent ceux qui les contractent ne savent ni lire ni écrire; exiger d'eux une preuve écrite, c'est presque toujours leur demander une chose impossible.

Si l'intention des rédacteurs du projet a été de n'exclure la preuve par témoins qu'entre associés, cette intention doit être clairement exprimée.

TRIB. DE COLMAR. — Art. 22. La preuve par témoins ne sera pas admise contre le contenu d'une clause de l'acte de société.

Mais si la clause est obscure, comment sera-t-elle interprétée?

Si cette clause obscure a toujours été exécutée d'une manière uniforme, cette forme d'exécution ne justifie-t-elle pas l'intention des contractants? Alors pourrait-on faire entendre des témoins sur le mode d'exécution seulement?

Une autre observation relative à ce qui vient d'être dit sur la preuve par témoins, résulte des dispositions des articles 17, 18 et 22. L'art. 17 porte : « L'associé commanditaire ne peut concourir comme gérant aux achats, ventes, obligations et engagements concernant la société. »

L'art. 18 s'exprime en ces termes : « En cas de contravention à la prohibition mentionnée dans l'article précédent, l'associé commanditaire est obligé, solidairement avec les associés ordinaires, pour toutes les dettes de la société. »

Cet article est important pour les créanciers d'une société. Mais comment pourra être constatée par des tiers la contravention qui rend l'associé commanditaire solidaire avec les autres associés? Les achats, les ventes, sont des faits aussi bien que les obligations et les engagements : ces deux derniers peuvent se justifier par écrit; mais les achats et les ventes souvent ne peuvent se prouver que par témoins; un seul de ces faits constaté suffit pour faire encourir la peine. Si le commanditaire s'oppose à la preuve par témoins en vertu de l'art. 22, il faudra cependant trouver un moyen pour constater la contravention prévue par l'art. 18.

TRIB. DE CASSATION. — Art. 22. La somme au-dessus de laquelle ne sera point admise la preuve par témoins, sera déterminée par le code civil; il faudra énoncer la même somme.

TRIB. D'AGEN. — Art. 22. *Contre le contenu.*

Quoique le mot *contre* paraisse suffisant, néanmoins l'addition *et outre* ôte tout prétexte d'équivoque et d'interprétation. Il faut la faire.

Au-dessous de cent francs. Pour faire une rédaction concordante avec les dispositions du code civil, il eût fallu dire *cent cinquante francs*. Dans l'esprit des observations, l'on propose de substituer : *au-dessus de cinq cents francs.*

TRIB. DE BRUXELLES. — Art. 22. L'article paraît superflu, les choses devant rester, à l'égard de la matière qu'il comprend, dans les termes du droit commun à tous actes par écrit.

TRIB. DE PAU. — Art. 22. « Aucune preuve ne peut être admise contre le contenu dans les actes de société. »

L'objet de cet article n'étant sans contredit de prohiber la preuve testimoniale contre le contenu aux actes de société qu'aux parties contractantes dans ces actes, et non à des tierces personnes étrangères aux contrats, telles que les créanciers de la société, sa disposition pourrait être ainsi conçue :

« Aucune preuve par témoins ne pourra être admise entre associés, contre le contenu dans les actes de société, etc. »

TRIB. DE DIJON. — Art. 22. « Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre le contenu dans les actes de société. »

Ajouter, *ni outre*; cette disposition de l'ordonnance de 1667 est précieuse à retenir ; puisqu'on a dressé un acte, la partie doit s'imputer de n'avoir pas fait exprimer ce qu'elle allègue (Pothier, *Traité des Oblig.*, n° 739).

Encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent francs. Dites *cent cinquante francs*, pour être concordant avec le projet de code civil, qui ne défend la preuve testimoniale qu'au-dessus de cette somme.

TRIB. DE PARIS. — Art. 22. Aucune preuve par témoins ne peut être admise contre le contenu dans les actes de société, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de cent francs. L'art. 1er du titre IV de l'ordonnance de 1673, conforme à l'art. 2 du titre XX de l'ordonnance de 1667, portait : « Et ne sera reçue aucune preuve par témoins, contre et outre le contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de cent livres. » L'ordonnance de 1673 n'a pas même adopté la modification insérée à la fin de l'article de l'ordonnance de 1667, « sans toutefois rien innover, pour ce regard, à ce qui s'observe en la justice des juges et consuls des marchands, » qui sont dans l'usage, ainsi que le procès-verbal nous l'apprend, d'admettre la preuve par témoins, même contre et outre le contenu aux actes, lorsqu'il y a des adminicules, et selon la qualité des affaires et des personnes. C'est la règle générale, mais qui n'a pas paru devoir s'étendre aux actes de société, qui sont d'une grande importance, et où les parties doivent s'imputer de n'avoir pas écrit toutes leurs conventions. La commission pense que l'article de l'ordonnance de 1673 est préférable.

TRIB. D'ORLÉANS. — Art. 22. L'art. 5 du chapitre XIV du livre III du code civil, veut que toute société dont l'objet est d'une valeur de plus de cent cinquante francs, soit rédigée par écrit, et que la preuve ne puisse être reçue contre et outre le contenu en l'acte.

1° Si cet article est adopté, l'art. 22 du code de commerce est inutile.

2° En tout cas, la somme ne peut être différente.

(b) MOTIFS DU PROJET REVISÉ.

Le tribunal d'appel de Paris a observé que cet article n'avait pas la clarté de l'article de l'ordonnance qui y correspond ; nous l'avons rectifié.

(c) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Cet article n'est pas applicable à la preuve du fait qu'un commanditaire s'est immiscé dans la gestion.

BERLIER dit que le principe posé en cet article, quoique très-utile et parfaitement juste sous les rapports généraux, paraît devoir être modifié pour un cas auquel il est inapplicable : c'est celui où l'associé, purement commanditaire d'après le titre primitif ou l'acte de société, serait, en s'immisçant dans la gestion, devenu associé solidaire : sans doute, on n'entend pas qu'un tel homme puisse se prévaloir de la qualité inscrite dans le contrat, pour s'opposer à la preuve testimoniale des faits par lesquels il y aurait dérogé.

Pour obvier à toute équivoque sur ce point, BERLIER propose l'amendement suivant : *Néanmoins, dans le cas où un associé, primitivement en commandite, se serait immiscé dans la gestion des affaires sociales, la preuve même testimoniale, d'un tel fait, sera admissible selon les circonstances.*

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely), en admettant le principe de BERLIER, n'admet pas néanmoins l'amendement.

Il ne s'agit pas de prouver plus que l'acte ne contient, mais de prouver un fait postérieur qui change la nature de l'acte. Si le commanditaire s'est mêlé de la gestion, il est devenu associé solidaire.

SOMMAIRE.

507. § 1. Sous l'ancien droit, on avait reconnu la nécessité de constater régulièrement les sociétés commerciales. Trois ordonnances, de 1579, 1629 et 1673, exigeaient des actes écrits, enregistrés et rendus publics.

507 2°. *Abus nombreux* (Troplong, n°s 218, 219).

508. Sous l'ordonnance de 1673 toutefois, non plus que sous celles qui avaient précédé, la rédaction par écrit n'était pas une condition substantielle de la société.

508 2°. *Résumé des dispositions de l'ordonnance ; elle fait de la société de commerce une personne civile dont la naissance, l'état et la fin doivent être enregistrés et publiés* (Troplong, n° 221).

508 3°. *Mais sa rigidité conduit à de grandes difficultés d'application* (Troplong, n° 222).

508 4°. *Elle tombe en désuétude* (Troplong, n° 223).

508 5°. *Réclamations du commerce* (Troplong, n° 224).

508 6°. *Mais l'oubli de l'ordonnance n'en continue pas moins* (Troplong, n° 225).

509. En est-il de même sous la loi nouvelle ? Merlin et Pardessus ont adopté la négative : elle semble même résulter de quelques arrêts de la cour de cassation.

510. Réfutation de cette opinion.

511. La loi nouvelle n'a fait que reproduire les dispositions de l'ancien droit : elle doit être entendue et appliquée de la même manière.

512. Le contrat de société n'est pas un contrat solennel ; il dépend essentiellement de la volonté des parties ; il peut donc résulter d'un aveu, d'une preuve testimoniale, quand il y a commencement de preuve par écrit ; dans le même cas, de présomptions graves et concordantes. Le seul but de la loi a été d'écarter la preuve testimoniale, quand elle était présentée par l'une des parties comme le seul moyen d'établir la convention.

513. C'est au juge de se montrer sévère dans l'admission des commencements de preuve par écrit.

514. Un bail où les preneurs se donnent le titre d'associés est un commencement de preuve par écrit. Dissentiment avec Duvergier.

515. Autre exemple, tiré d'un arrêt de la cour de cassation.

516. Les tiers ne sont pas soumis à l'obligation de rapporter une preuve par écrit ou un commencement de preuve par écrit. Ils peuvent recourir à tous les moyens de preuve admis en matière commerciale.

517. Il ne suffit pas d'ailleurs que le tiers articule qu'une société a existé pour être admis à la prouver. Il faut que le titre dont il est porteur constitue un engagement social, ou, s'il émane d'un des associés en son nom personnel, que la dissimulation de la société soit une fraude. Dissentiment avec Pardessus.

518. Dans tous les cas, le juge apprécie souverainement la pertinence des faits articulés. Il ne doit autoriser l'enquête qu'autant qu'ils sont personnels à celui qui dénie la société, et que, s'ils sont établis, il en résulte que la communauté d'intérêt existe entre le souscripteur de l'engagement et ce dernier.

519. Arrêts de Bordeaux et de Lyon conformes à cette doctrine.

520. Lorsque la société est constatée par un acte sous seing privé, l'acte doit être fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Chaque original doit mentionner le nombre des originaux qui ont été faits.

521. Dans une société en commandite, il suffit de deux originaux, un pour le gérant, un autre pour les associés commanditaires.

522. La nullité résultant de l'omission des formalités imposées par l'article 1325 du code civil, est couverte par l'exécution du contrat.

523. La société qui se forme entre le père de famille et l'un de ses enfants, doit être constatée par acte notarié. Dans le cas contraire, et quelque certitude qu'il y ait que la société a existé, l'enfant est obligé de rapporter à la succession tous les profits qu'il a pu retirer de cette société. Arrêt conforme de la cour de cassation.

524. § 2. La société anonyme ne peut être formée que par acte public.

525. § 3. Aucune preuve par témoins n'est admise contre et outre le contenu aux actes de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme inférieure à cent cinquante francs.

COMMENTAIRE.

507. Dès le moment où le commerce, grandissant en France, a produit des associations, on a senti la nécessité de leur donner la plus grande certitude dans l'intérêt des associés comme dans celui des tiers. L'existence régulière des conventions importait, en effet, à un égal degré à ces deux intérêts : à la société, pour que son patrimoine servît exclusivement au payement des dettes sociales ; aux tiers, afin qu'aucun associé ne pût, par un désaveu frauduleux, se dégager d'une convention dont les résultats ne seraient point favorables.

Une ordonnance de Henri III, de l'année 1579, prescrivait, art. 358 : « Que toutes compagnies jà faites ou qui se feraient cy-après entre les étrangers étant dans le royaume, fussent inscrites et enregistrées aux registres des bailliages et sénéchaussées, et hôtels communs des villes où ils seraient tenus nommer et déclarer tous leurs participants et associés, sous peine de faux. » « Ordonnons, ajoutait l'article, que ceux qui auront les banques et sociétés, ne puissent avoir aucune action l'un contre l'autre, s'ils n'ont leur enregistrement contenu cy-dessus. »

Cette disposition, assez mal exécutée, fut, à la sollicitation des députés assemblés à Paris pour le rétablissement du commerce, renouvelée et rendue générale par l'ordonnance de 1629 (**Add.** Troplong, n°s 215, 216, 219).

Mais l'ordonnance de 1629 ne fut point observée. Les parlements refusaient de l'appliquer, et la règle demeura flottante jusqu'à l'époque où le roi Louis XIV fit, à l'occasion des grandes compagnies commerciales qu'il avait instituées, rédiger l'édit de 1673.

Le titre IV porte :

« Art. 1. Toute société générale ou en commandite
« sera rédigée par écrit, ou par-devant notaires, ou
« sous signature privée ; et ne sera reçue aucune preuve
« par témoins contre et outre le contenu en l'acte de
« société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit,
« avant, lors, ou depuis l'acte, encore qu'il s'agît
« d'une somme ou valeur moindre de cent livres.

« Art. 2. L'extrait des sociétés entre marchands
« et négociants, tant en gros qu'en détail, sera enre-
« gistré au greffe de la juridiction consulaire, s'il y
« en a, sinon en celui de l'hôtel commun de la ville ;
« et, s'il n'y en a point, au greffe de nos juges des lieux
« et de ceux des seigneurs ; et l'extrait inséré dans un

« tableau exposé en lieu public ; le tout à peine de « nullité des actes et contrats passés, tant entre « les associés qu'avec leurs créanciers et ayants « cause. »

308. Quel sens fallait-il donner à l'art. 1er? En devait-on conclure que la rédaction par écrit étant une condition substantielle de l'existence des sociétés générale et en commandite, aucune preuve ne pouvait, entre les parties, suppléer à l'acte authentique ou sous seing privé? Non. Dès le principe on reconnut que la loi n'avait pas dérogé à l'ordonnance de 1667, et que, s'il y avait un commencement de preuve par écrit, le juge pouvait ordonner des enquêtes, ou, s'attachant aux présomptions graves, précises et concordantes, décider qu'une société avait été formée; qu'à plus forte raison le pouvait-il, s'il y avait aveu de l'une des parties; l'édit de 1673 ne s'étant proposé autre chose que d'exclure la preuve testimoniale, afin d'empêcher qu'un négociant ne se trouvât associé par fraude, à son insu, par cela seul que des témoins auraient déclaré qu'il était associé.

Les parlements consacrèrent cette doctrine ; l'ancien conseil d'Etat (3 mai 1732) l'admit, et, sous le régime nouveau, de nombreux arrêts de la cour de cassation l'ont mise à l'abri de la controverse.

« L'art. 1, tit. IV, de l'ordonnance de 1673, disait Merlin, à l'audience du 16 avril 1806, n'a qu'un objet en prescrivant la rédaction des sociétés par écrit; c'est d'empêcher qu'on ne prouve des sociétés par témoins; il ne s'oppose donc pas à ce que l'on constate les sociétés par des preuves autres que celles qui consisteraient uniquement dans des enquêtes, et si nous voulons nous en convaincre d'une manière sans réplique, nous n'avons qu'à la mettre en regard avec l'art. 2, tit. XX de l'ordonnance de 1667.

« *De toute chose excédant la valeur de* 100 *livres, il sera passé acte devant notaire ou sous signatures « privées, et ne sera reçue aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur « ce qui serait dit avoir été allégué avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agit d'une somme ou « valeur moindre de* 100 *livres.* » Ainsi dispose l'ordonnance de 1667, tit. XX, art. 2.

« *Toute société générale ou en commandite sera « rédigée par écrit, ou par-devant notaire ou sous signatures privées, et ne sera reçue aucune preuve « par témoins contre et outre le contenu en l'acte de « société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit « avant, lors ou depuis l'acte, encore qu'il s'agit « d'une somme ou valeur moindre de* 100 *livres.* » Ce sont les termes de l'art. 1, tit. IV de l'ordonnance de 1673.

« Voilà donc deux dispositions absolument parallèles et parfaitement conformes l'une à l'autre. Eh bien! a-t-on jamais conclu de la première qu'un contrat de vente, qu'un bail, qu'un mandat, qu'un prêt d'argent ne pouvaient être prouvés que par la représentation du titre constitutif soit du prêt, soit du mandat, soit du bail, soit de la vente? A-t-on jamais conclu de là qu'une vente, un bail, un prêt d'argent ne peuvent pas être prouvés par des lettres missives, par des aveux judiciaires, par toute espèce de preuve qui n'est pas purement testimoniale?

« Et si l'on est forcé de convenir que la première se refuse à des conséquences aussi absurdes, si l'on est forcé de convenir que ce serait faire de la première l'application la plus fausse que d'en induire une doctrine aussi déraisonnable, comment pourrait-on ne pas convenir en même temps que la seconde s'oppose à ce qu'on regarde le titre constitutif de la société comme l'unique preuve qui soit admissible pour prouver l'existence de la société même? Comment pourrait-on ne pas convenir, en même temps, que c'est appliquer faussement la seconde que d'en faire sortir une prohibition d'admettre, pour constater l'existence d'une société, des preuves autres que son titre constitutif, mais non testimoniales.

« Qu'on dise tant qu'on voudra que l'ordonnance de 1673 prohibe purement et simplement la preuve par témoins de toute société générale ou en commandite, la chose est vraie, mais dans quel cas la prohibe-t-elle? C'est dans celui où la preuve par témoins est purement et simplement offerte, dans celui où elle se présente absolument isolée, mais non pas dans celui où elle est précédée de commencement de preuve par écrit; mais non pas dans celui où l'ordonnance de 1667, à laquelle ne déroge certainement pas celle de 1673, déclare, tit. XX, art. 3, qu'il peut y avoir lieu à ce genre de preuve.

« Les dispositions des lois antérieures non contraires aux lois postérieures sont censées se retrouver dans celles-ci, et doivent y être sous-entendues. Or, la disposition de l'art. 3 du tit. XX de l'ordonnance de 1667, qui veut que la preuve par témoins dans les matières où elle est défendue par l'art. 2, et conséquemment dans les sociétés dont l'objet est au-dessus de cent livres, soit admise à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, n'est pas contraire à la disposition par laquelle l'art. 1, tit. IV de l'ordonnance de 1673 veut que les sociétés ne puissent pas être prouvées par témoins. Il faut donc nécessairement adapter à l'art. 1, tit. IV, de l'ordonnance de 1673, l'exception que l'ordonnance de 1667, tit. XX, met par son art. 3 à son art. 2. » (*Répertoire*, v° *Société*, sect. 3, § 2, article 1, p. 321.)

La cour de cassation avait déjà consacré ce système par trois arrêts des 22 messidor an IX, 13 vendémiaire an X, 20 germinal an XII; elle le consacra de nouveau sur ces conclusions, en cassant un arrêt de la cour de Paris, du 12 pluviôse an XIII :

« Considérant que de la combinaison de l'art. 1 du tit. IV de l'ordonnance de 1673 avec les art. 2 et 3 du tit. XX de l'ordonnance de 1667, il résulte que le but unique du législateur a été de proscrire la preuve testimoniale qui serait offerte seule pour constater l'existence d'une société, ou d'une obligation, lorsqu'il s'agit d'une somme ou valeur excédant cent livres, ou de quelques modifications des conventions écrites dans les actes;

« Mais que, loin que le législateur ait établi dans aucun des articles cités que la preuve ne pourrait être faite que par la représentation même de l'acte écrit contenant la société, l'obligation ou la modification de la convention, il a au contraire formellement déclaré par le dernier de ces articles, qu'il n'entendait pas exclure la preuve testimoniale lorsqu'il y aurait un commencement de preuve par écrit;

« Qu'ainsi, en jugeant en point de droit, qu'une société ne pouvait être prouvée que par la représentation de l'acte écrit qui la constitue, et que la preuve par témoins ne pouvait être admise, quels que fussent les commencements de preuve par écrit, la cour d'appel de Paris a fait une fausse application de l'art. 1 du tit. IV de l'ordonnance de 1673 et violé l'art. 3 du tit. XX de l'ordonnance de 1667;

« Que, par suite, elle a commis un excès de pouvoir en annulant les jugements du tribunal de commerce des 16 et 19 prairial an XII, qui avaient admis la preuve testimoniale, sur le fondement des commencements de preuve par écrit, lorsqu'elle ne pouvait que confirmer ou infirmer ces jugements selon qu'il lui eût paru qu'il y avait ou qu'il n'y avait pas commencement de preuve par écrit suffisant pour admettre la preuve par témoins, ou que l'existence de la société

était ou n'était pas définitivement prouvée.» (Arrêt du 16 avril 1806.)

On lit dans un dernier arrêt du 28 juillet 1808, « qu'en jugeant d'après le titre qui servait de base à « la demande, et d'après la correspondance qui avait « eu lieu entre les parties, qu'il avait existé entre elles « une société en commandite, la cour d'appel de « Paris n'avait point contrevenu aux dispositions du « tit. IV de l'ordonnance de 1673, modifiées par « l'usage et la jurisprudence antérieure au nouveau « code de commerce. »

Ainsi que, sous l'ordonnance de 1673, les sociétés générale et en commandite pussent être établies par l'aveu des parties, par leur correspondance, par les enquêtes, s'il existait un commencement de preuve par écrit, c'est une incontestable vérité. La jurisprudence ancienne et moderne ne laisse en ce point aucun doute (**Add.** Troplong, nos 221, 223).

509. En est-il de même sous la loi nouvelle?

La cour royale de Paris a décidé l'affirmative, par un arrêt exprès du 27 janvier 1825 (Dalloz, XXV, 2, 150).

Mais à cette solution isolée on peut opposer de graves autorités. Merlin, après avoir rappelé l'ancienne doctrine, copie l'art. 39 du code de commerce, et ajoute : « Cette disposition ne fait que renouveler « celle de l'art. 1, tit. IV de l'ordonnance de 1673, « mais elle est plus impérieuse dans le code de com- « merce qu'elle ne l'était dans l'ordonnance. On a vu « plus haut, que, sous l'ordonnance de 1673, on pou- « vait suppléer à l'acte de société, soit par la preuve « testimoniale aidée d'un commencement de preuve « par écrit, soit par la reconnaissance des parties, « soit par toute autre espèce de preuve non prohibée ; « mais on ne le pourrait, sous le code de commerce, « que relativement aux tiers. *Pour les associés entre « eux, rien ne peut, sous ce code, tenir lieu de l'acte de « société.* C'est la conséquence nécessaire de l'art. 42 « du même code. » (*Répertoire*, vo *Société*, sect. III, § 2, art. 2.)

Pardessus a embrassé la même doctrine ; et, quand on consulte avec soin les arrêts émanés de la cour de cassation, il semble qu'elle y a également donné son adhésion. Ainsi, le 12 décembre 1815, elle rejette un pourvoi formé contre un arrêt qui avait jugé qu'en matière de société civile, la convention pouvait être prouvée par témoins, lorsqu'il existait un commencement de preuve par écrit :

« Attendu que, suivant les art. 1107 et 1347 du code civil, la preuve par témoins de toute convention est admissible, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, à moins qu'une loi expresse ne l'ait particulièrement défendu ; que des art. 1834 et 1866 du même code, sainement entendus, ni d'aucune autre disposition législative, il *ne résulte aucune dérogation à ce principe, à l'égard des sociétés et prorogations de sociétés non commerciales* ; que, par suite, en admettant cette preuve dans l'espèce, l'arrêt n'a fait qu'une juste application des art. 1107 et 1347 précités. » (Dalloz, XXVI, 1, 102.)

Le 18 décembre 1828, elle juge, au rapport de M. le conseiller Lasagni, que, dans le cas où une société commerciale non prouvée par écrit est alléguée, et qu'on demande à l'établir par témoins, dans le but unique de constater la spoliation commise sur la succession d'un des associés, les juges ont pu ordonner l'enquête :

« Attendu, en droit, que l'action en spoliation d'hérédité, comme toute autre action qui poursuit un délit ou quasi-délit, peut être soutenue à l'aide de la preuve testimoniale ;

« En fait, que l'action unique intentée par Jean-Antoine Lefranc contre Louis Lefranc, était en spoliation de l'hérédité de Charles Lefranc, frère commun ; qu'ainsi, il pouvait y avoir lieu à la preuve testimoniale, dont l'admissibilité, d'ailleurs, n'était point contestée par-devant la cour ;

« Que si, parmi les faits articulés par Jean-Antoine Lefranc, et dont la preuve a été admise par l'arrêt attaqué, il existe celui d'une société qu'on ne qualifie ni d'anonyme, ni en nom collectif, ni en commandite, cette société n'était point alléguée pour en faire déclarer la validité, pour en tirer une action en faveur de Jean-Antoine Lefranc, et pour lui en assurer les effets, mais seulement pour que le fait matériel d'une société qui aurait eu réellement lieu d'une manière quelconque, pût concourir avec les autres faits à prouver la prétendue existence des effets et valeurs dans le coffre dont il s'agit ;

« Que, *d'après cela, les art. 39 et 41 du code de commerce, invoqués par le demandeur, n'étaient pas applicables à l'espèce.* » (Dalloz, XXIX, 1, 69.)

Enfin, la cour de Paris, revenant sur sa première jurisprudence, a jugé, en 1836 (affaire Grassière-Maupassaut, arrêt inédit), que les documents les plus précis ne pouvaient, entre les parties contractantes, remplacer l'acte de société.

La conséquence à déduire de ces autorités si graves n'est-elle pas, ainsi que l'exprimait Merlin, qu'à l'égard des associés entre eux, l'ancienne jurisprudence est abrogée par l'article 39 du code de commerce?

510. Il nous paraît difficile d'adopter cette solution. En matière de société civile, il est constant que des aveux peuvent suppléer à l'acte écrit ; que si, en l'absence d'acte, il existe un commencement de preuve par écrit, le juge peut ordonner des enquêtes, ou tirer de présomptions graves, précises et concordantes, l'existence et les conditions du contrat. Outre l'arrêt du 12 décembre 1825 que nous avons cité et qui juge nettement la question, il a été rendu, dans le même sens et sur nos conclusions, un arrêt de rejet, en 1841.

511. Or, quelle serait la raison d'admettre en matière civile, où la preuve testimoniale est exceptionnelle, ce qu'on refuserait en matière commerciale, où la preuve testimoniale est de droit commun?

Est-ce la différence de texte?

Les articles 39 et 41 du code de commerce sont la reproduction exacte de l'article 1834 du code civil.

« Art. 39. Les sociétés en nom collectif et en commandite doivent être constatées par des actes publics, ou sous signatures privées, en se conformant, dans ce dernier cas, à l'article 1325 du code civil. »

« Art. 41. Aucune preuve par témoins ne peut être « admise contre et outre le contenu dans les actes de « société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit « avant l'acte, lors de l'acte ou depuis, encore qu'il « s'agisse d'une somme au-dessous de 150 fr. »

Art. 1834. « Toutes sociétés doivent être rédigées « par écrit, lorsque leur objet est d'une valeur de « plus de 150 fr. La preuve testimoniale n'est point « admise contre et outre le contenu en l'acte de « société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit « avant, lors et depuis l'acte, encore qu'il s'agisse « d'une somme ou valeur moindre de 150 fr. »

A cette différence près que le code civil admet la preuve testimoniale, si l'objet du contrat est inférieur à 150 fr., tandis que le code de commerce la repousse absolument, si minime que soit le fonds social, la loi civile et la loi commerciale sont parallèles, et parfaitement conformes l'une à l'autre.

Pourquoi donc, dans l'application, produiraient-elles des effets si divers?

Ce n'est pas tout ; les art. 39 et 41 du code de com-

merce n'ont rien fait autre chose que ranimer et renouveler la disposition de l'article 1, titre IV, de l'ordonnance de 1673. Ce sont les mêmes expressions :

« Toute société générale ou en commandite, porte « cet article, sera rédigée par écrit, ou par-devant « notaire, ou sous signatures privées, et ne sera « reçue aucune preuve par témoins contre et outre le « contenu en l'acte de société, ni sur ce qui serait « allégué avoir été dit avant, lors, ou depuis l'acte, « encore qu'il s'agît d'une somme ou valeur moindre « de 100 livres. »

Pourquoi donc le code de commerce serait-il autrement entendu que l'ordonnance? Pourquoi les preuves qui suppléaient sous l'ordonnance à l'acte écrit, seraient-elles impuissantes et nulles sous l'empire du code de commerce?

Merlin, pour justifier l'ancienne jurisprudence, dont, en 1806, il évoquait le souvenir et réclamait l'application, s'appuyait surtout sur cette considération, que l'ordonnance de 1667, tit. XX, art. 3, autorisant la preuve testimoniale toutes les fois qu'un commencement de preuve par écrit existait, et l'ordonnance de 1673 n'y dérogeant point expressément, il la fallait exécuter, en conformité du principe, que les dispositions des lois antérieures, non contraires aux lois postérieures, sont censées se trouver dans celles-ci, et doivent être sous-entendues : *Posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint* (loi 28, D. *De legibus*).

Or, aux art. 2 et 3, titre XX de l'ordonnance de 1667, ont succédé les art. 1341 et 1347 du code civil, déclarant :

Le premier, « qu'il doit être passé acte devant « notaire ou sous seing privé, de toute choses excé- « dant la somme ou valeur de 150 fr., et qu'il n'est « reçu aucune preuve par témoins contre et outre le « contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir « été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il « s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 fr. »

Le second, « que cette règle reçoit exception, « quand il existe un commencement de preuve par « écrit. »

Comment donc, encore une fois, de dispositions non-seulement analogues, mais absolument identiques, sortirait-il des solutions contraires? Comment les raisons que la cour de cassation a si souvent accueillies sous l'ordonnance de 1673, auraient-elles perdu aujourd'hui toute leur force? Comment enfin le principe qui confond dans leur application les lois antérieures et les lois postérieures dont le concours est possible, serait-il écarté?

512. S'il est une chose constante et reconnue par tous, c'est que le contrat de société est essentiellement consensuel; il naît de la volonté des parties; la volonté légalement exprimée suffit à le former. Si la loi commerciale exige un acte, ce n'est pas comme élément de validité, mais comme preuve. En cette matière, comme en toutes celles que la loi n'a pas soumises à des formalités particulières, l'acte n'est pas la convention, il en est l'instrument; et on comprend très-bien que fidèle aux enseignements de l'ancien droit, le législateur moderne ait voulu, dans l'intérêt des tiers et des associés, que les sociétés en nom collectif ou en commandite fussent rédigées par écrit.

Mais si l'acte, quelle qu'en soit l'utilité, ne constitue pas le contrat; et s'il réside au contraire dans le consentement que les parties ont librement et volontairement échangé, n'est-ce pas donner aux principes du droit une entière satisfaction, que de décider que l'acte peut être suppléé par des aveux, des correspondances, des enquêtes ou des présomptions graves, précises et concordantes soutenues d'un commencement de preuve par écrit ?

La seule raison qu'ait donnée Merlin à l'appui de l'opinion contraire, c'est qu'elle était *la conséquence nécessaire de l'art. 42 du code de commerce*. Cet article, après avoir prescrit la publicité des actes de société en nom collectif et en commandite, et en avoir réglé les moyens, ajoute : *Ces formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés.*

Merlin a tiré sa conclusion de ces derniers mots. Mais, d'une part, Merlin a oublié que l'ordonnance de 1673, dont les dispositions, comme il l'exprimait dans les conclusions que nous avons rapportées, se concilient avec la preuve testimoniale, quand il existe un commencement de preuve par écrit, contient, titre IV, art. 2, une règle de tout point semblable à l'art. 42 du code de commerce. Cet article, après avoir ordonné de rendre publique la société entre marchands et négociants, se termine ainsi : *Le tout à peine de nullité des actes et contrats passés, tant entre les associés qu'entre les créanciers et ayants cause.* Si les moyens de publicité diffèrent, la même peine est attachée à l'inobservation de la loi. L'art. 42 du code de commerce n'est donc pas une raison de modifier l'ancienne doctrine.

Mais, en outre, il est évident à nos yeux que Merlin a détourné l'art. 42 de son sens et de son application naturels. Aux termes de cette disposition, l'extrait des sociétés en nom collectif et en commandite doit être remis, dans la quinzaine, au greffe du tribunal de commerce dans l'arrondissement duquel est établie la maison sociale, pour être transcrit sur le registre, et affiché, pendant trois mois, dans la salle des audiences. Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, les mêmes formalités doivent être accomplies au tribunal du commerce de chaque arrondissement. L'extrait doit, en outre, être inséré dans un ou plusieurs journaux désignés à cet effet, dans la quinzaine de la date de la société, et l'insertion doit être justifiée par un exemplaire du journal, certifié de l'imprimeur, légalisé par le maire, et enregistré dans les trois mois de sa date. C'est à l'inobservation de ces formalités que l'art. 42 attache la peine de nullité: *Ces formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés.*

Qu'est-ce à dire maintenant? Que, dans le cas même où, conformément à l'art. 39, les sociétés en nom collectif et en commandite ont été constatées par des actes authentiques ou sous seing privé, si la publicité ne leur est pas donnée, si toutes les formalités de l'art. 42 ne sont pas littéralement accomplies, les contractants peuvent demander la cessation de leurs rapports. Le lien qui les unit se brise au gré de leur caprice. Il est clair qu'il n'y a d'extraits à publier que d'actes existants.

Or, qu'y a-t-il de commun entre ce cas et le cas où, sans rédiger d'acte, les parties ont eu des rapports sociaux? Comment de la nullité que la loi prononce quand les actes de société n'ont pas reçu de publicité, ou n'ont reçu qu'une publicité incomplète, peut-on induire qu'alors même qu'il existe un commencement de preuve par écrit, un associé ne peut, à l'aide des enquêtes, établir la convention que dénie son coassocié? Entre ces idées, évidemment, il n'y a pas d'analogie. Ce sont des cas divers et qui doivent se résondre par des principes différents.

Que si l'on veut prétendre que le contrat qui n'a pas été rédigé par écrit est nul, quelle que soit la force des commencements de preuve par écrit et des en-

quêtes qui les confirment, on a raison, en ce sens, qu'après la preuve faite, et consacrée par la justice, chacune des parties en peut demander la nullité. Puisque dans les sociétés commerciales en nom collectif ou en commandite, il ne suffit pas, pour lier les parties jusqu'au terme fixé par elles, qu'elles aient librement, et en connaissance de cause, échangé leurs consentements; puisque, pour produire cet effet, il faut, non-seulement un acte écrit, mais, à peine de nullité, un acte enregistré au greffe des tribunaux de commerce, affiché pendant trois mois dans les salles d'audience, rendu public par les journaux, et encore la preuve régulière de cette publication, il est manifeste que, lorsqu'il n'existe point d'acte, la condition des associés ne doit pas être meilleure. La preuve testimoniale, quand elle a été faite sur un commencement de preuve par écrit, la confession extrajudiciaire ou judiciaire, la correspondance, remplacent l'acte écrit, mais ne couvrent pas le vice résultant du défaut d'affiche et de publication. Les parties sont, après le procès, dans la même position que si, dans l'origine, elles avaient fait un acte, et qu'elles eussent négligé d'accomplir les formalités qui seules peuvent conférer aux sociétés l'irrévocabilité pour l'avenir.

La nullité peut donc être proposée; chaque partie peut, à son gré, rompre la convention; mais comme nous l'expliquerons plus au long, sur l'article 42, les effets du contrat demeurent pour le passé. Si des opérations utiles ont eu lieu, le bénéfice se partage entre les associés; si des pertes ont été faites, chacun en supporte sa part. C'est là l'intérêt du débat.

Ainsi tenons pour certain que, sous le code de commerce comme sous l'ordonnance de 1673, lorsqu'il n'a pas été rédigé d'acte écrit, pour constater, soit une société collective, soit une société en commandite, si des aveux sont faits par l'une des parties, le juge peut constater l'existence de la société; il peut aussi, dans le cas où il existe un commencement de preuve par écrit, ordonner des enquêtes, ou même si des faits naissent des présomptions graves, précises, concordantes, condamner l'associé qui résiste à l'exécution du contrat. L'identité du code de commerce et de l'ordonnance de 1673, de l'ordonnance de 1667, titre XX, art. 2 et 3, et des articles 1342 et 1347 du code civil; la jurisprudence qui s'est formée sur les sociétés civiles; le principe écrit dans la loi 28 au Digeste *De legibus*, que les dispositions des lois antérieures doivent être sous-entendues dans les lois postérieures auxquelles elles ne sont pas contraires, nous semblent autant de raisons de demeurer fidèle à l'ancienne doctrine.

Et quel motif sérieux y aurait-il de l'abandonner? Le code de commerce n'a pas voulu, plus que l'ordonnance de 1673, livrer aux hasards de la preuve testimoniale le sort des sociétés en nom collectif ou en commandite. Mais il n'a pas voulu non plus favoriser la mauvaise foi, et donner un encouragement à des dénégations frauduleuses. Est-ce qu'il y a l'ombre d'un inconvénient, quand, une correspondance est produite établissant une association démontrée d'ailleurs par des faits d'exécution? Quand une des parties a été forcée d'avouer le contrat; quand sur le serment qui lui a été déféré, elle a rendu un tardif hommage à la vérité; quand enfin les enquêtes ont confirmé ce que rendaient vraisemblable des documents écrits émanés de celui-là même contre lequel la demande est formée, est-ce qu'il y a de l'inconvénient à déclarer l'existence du contrat et à le faire exécuter? Le commerce n'a rien à gagner à des désaveux qui ont pour cause, ou le désir de s'attribuer exclusivement des profits qui devaient être partagés, ou de se soustraire au poids des dettes communes; et c'est satisfaire à l'équité, l'équité qu'il ne faut jamais négliger dans les matières commerciales, que d'empêcher ces résultats (**Add.** Troplong, n° 226).

513. C'est un devoir pour le juge d'apporter dans l'appréciation des faits la plus grande circonspection. Ce serait mal comprendre la loi que de considérer comme des aveux des déclarations susceptibles de sens divers, ou d'autoriser sur des énonciations vagues des enquêtes toujours dangereuses. Il faut que l'impression qui résulte des documents et des pièces soumises au juge soit tellement forte, que l'unique objet de la preuve testimoniale soit de confirmer une conviction déjà formée; que de toutes les circonstances, pour ainsi dire, sorte la preuve de la société litigieuse. Il ne faut pas donner aux parties trop de facilités pour échapper aux conséquences de la faute qu'elles ont commise en ne rédigeant point d'acte écrit.

Du reste, l'appréciation des commencements de preuve par écrit appartient souverainement au juge du fait. La loi se borne à fixer le caractère légal du commencement de preuve par écrit; elle en abandonne l'application à la conscience des tribunaux. Dès qu'un écrit est représenté, émanant de la personne à laquelle on l'oppose ou de ses auteurs, les tribunaux en peuvent tirer toutes les conséquences qu'ils jugent convenables. C'est à eux de reconnaître le lien qui rattache l'écrit à la convention alléguée, de rechercher le degré de vraisemblance des faits, et de décider s'il y a matière à enquête. L'écrit le plus insignifiant en apparence peut tirer de la situation des parties une importance extrême. Isolé des circonstances qui l'ont accompagné, ce n'est rien peut-être; c'est un fait grave entouré de ces circonstances. C'est au juge de démêler les nuances; son pouvoir est souverain à cet égard, et quelque abus qu'il en fasse, la cour de cassation ne peut le réprimer. Tirer d'un écrit de fausses indications peut être un vice de logique; ce n'est pas une erreur de droit.

514. Duvergier cite et blâme un arrêt de la cour de Turin, du 10 avril 1811 (Dalloz a., t. XII, p. 81), qui a considéré comme formant un commencement de preuve par écrit d'une société, un bail où les locataires avaient pris la qualité d'associés. Cette critique ne nous semble pas légitime. Rien assurément ne peut rendre plus vraisemblable une société que le titre d'associé librement accepté dans un contrat avec des tiers : si l'on ne peut dire que c'est une preuve suffisante, parce que l'expression employée par les parties peut se restreindre au fait même du bail, et que la société peut se réduire au bail, du moins on ne peut accuser le juge de manquer à la prudence, quand il veut éclaircir le fait. Les contractants ne sont pas fondés à se plaindre de ce que le juge, appliquant aux mots leur signification légale, cherche, par les moyens dont il dispose, à constater si l'emploi de ces mots est le résultat de l'erreur, ou s'ils n'ont servi qu'à la manifestation volontaire d'un contrat existant. La preuve testimoniale a ses dangers, mais il n'est pas sage de s'en effrayer au point de laisser à la mauvaise foi tous les avantages.

515. A cet arrêt nous en ajouterons un seul, sanctionné par la cour suprême. La cour de Montpellier a jugé, le 25 mai 1833, que le consentement prêté à ce qu'un tribunal de commerce nommât des arbitres, constituait une reconnaissance de la société, quoique précédemment elle eût été déniée. Cet arrêt est conforme aux principes. La juridiction arbitrale n'a compétence que pour juger les contestations nées entre associés, de la société; donc nommer des arbitres sur la provocation d'une partie qui prend le titre d'associé, ou, ce qui revient au même, consentir à ce qu'un tribunal de commerce les nomme, c'est re-

connaître qu'il existe une société, et que de cette société résultent des dissentiments. Le consentement n'a pas d'autre explication possible : c'est un aveu formel.

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 22 juillet 1834 :

« Attendu que le jugement de première instance constate, en fait, que le demandeur en cassation avait donné son consentement à ce que le tribunal de commerce nommât des arbitres pour former le tribunal arbitral auquel l'article 51 du code de commerce attribue exclusivement la connaissance des contestations qui s'élèvent entre associés et pour raison de société; et qu'en tirant de ce fait ainsi reconnu la conséquence que le demandeur en cassation avait acquiescé au jugement frappé d'appel, et, par cet acquiescement, s'était rendu non recevable dans ce même appel, la cour de Montpellier n'a pu violer aucune loi. » (Dalloz, XXXIV, 1, 393.)

Ces exemples suffisent pour montrer de quelles applications est susceptible la doctrine que nous exposons. Il faut que les faits, les écrits dans lesquels on cherche la preuve de la société aient avec le contrat une liaison intime, nécessaire, directe. Nous répétons que les tribunaux ne doivent pas trop aisément relever les parties des conséquences de la faute qu'elles ont commise. La loi leur prescrivait de rédiger un acte écrit, elles en ont méprisé les commandements : il est juste qu'elles portent la peine de leur négligence.

316. Mais si tel est le motif des difficultés dont il faut entourer l'action tendante à remplacer l'acte écrit, exigée par l'article 39 du code civil, il en résulte que les tiers sont dans une situation différente. On ne leur peut imputer aucune négligence; il convient donc, quand les parties dénient la société, qu'ils puissent la prouver par tous les moyens qu'autorise la loi commerciale. Si cette solution a paru susceptible de controverse quand il s'agit de sociétés civiles, elle a été acceptée par tout le monde, en fait de sociétés commerciales en nom collectif ou en commandite. Les tiers ne peuvent être punis d'une faute qui ne leur appartient pas; leurs droits ne peuvent être diminués parce que les parties se refusent à produire l'acte qui constate la société. Ainsi l'ont décidé les cours de Lyon (30 juin 1827; Dalloz, XXVIII, 2, 75), de Rouen (9 avril 1842), de Bordeaux (15 juillet, 14 décembre 1840; Dalloz, XL, 2, 210; XLI, 2, 205); ainsi l'a décidé la cour de cassation elle-même (23 novembre 1812; Dalloz, XII, p. 112, n° 1).

L'arrêt de Rouen est fondé sur les motifs suivants :

« Qu'il serait injuste d'interdire à des tiers de prouver par témoins, même sans commencement de preuve par écrit, l'existence d'une société entre des personnes qui, par négligence ou à dessein, n'auraient pas dressé d'acte, ou qui, l'ayant dressé, ne voudraient pas le montrer;

« Que le code de commerce, après avoir ordonné la rédaction par écrit des actes de société, et l'enregistrement au greffe des tribunaux de commerce, déclare que le défaut de ces formalités ne peut être opposé aux tiers par les associés;

« Que ces associés ne peuvent donc s'armer contre les tiers de la nullité dérivant de l'inobservation des obligations que la loi leur imposa, pour se dispenser d'exécuter leurs engagements exprès ou tacites;

« Que vainement la veuve Larcher prétend que Legrand n'ayant pas connu légalement la société qu'il allègue, il n'a pu contracter avec Culey sur la foi de son existence;

« Que s'il a réellement existé une société entre la veuve Larcher et Culey, il serait injuste de priver Legrand des droits qui pourraient en résulter en sa faveur;

« Que si cette société est établie, la dame Larcher sera réputée s'être soustraite aux formalités que la loi prescrivait, dans l'intention de les tromper;

« Que l'existence d'une société non constatée par écrit, peut être prouvée non-seulement par témoins, mais encore par tout autre mode de preuve que la loi autorise. »

Ces arrêts sont la conséquence et la sanction de l'article 42 du code de commerce. Du moment, en effet, que le défaut d'aucune des formalités que règle cet article ne peut être opposé aux tiers par les associés, il en résulte qu'à leur égard, c'est le fait et non les actes qu'il faut considérer. Si, lorsque les parties ont rédigé un acte écrit, mais ne l'ont pas rendu public, selon le vœu de la loi commerciale, elles pouvaient exiger du créancier qui réclame les effets de la société, qu'avant de faire entendre des témoins, il produisît un commencement de preuve par écrit, elles profiteraient évidemment de l'inobservation de la loi. Elles tireraient avantage d'une circonstance qui leur est toute personnelle, pour se soustraire à leurs obligations; l'article 42 serait violé.

En principe donc, les tiers sont autorisés à prouver par toute espèce de voie, par les présomptions même, l'existence des sociétés commerciales en nom collectif ou en commandite dont ils se prétendent créanciers (**Add.** Troplong, n°s 229, 230).

317. Mais ne serait-ce pas étendre l'application de ce principe hors de toute limite que d'admettre le tiers, en quelque situation qu'il se trouve, à la preuve testimoniale de la société qu'il allègue? Suffira-t-il qu'il articule qu'une société a existé, pour qu'immédiatement la barrière s'abaisse devant lui? Ceci mérite explication.

Deux cas peuvent se présenter : ou les titres dont le tiers est investi ne constituent qu'une dette personnelle au commerçant qui les a souscrits; ou leur contexte indique un engagement social.

Dans le premier cas, on ne peut, à moins de circonstances particulières, autoriser le créancier à prouver par témoins que son débiteur était membre d'une société commerciale, et s'il fait la preuve, lui conférer des garanties sur lesquelles, en traitant, il n'avait pas compté.

C'est, en effet, un principe constant que la société, lorsque son existence a été régulièrement constatée, n'est engagée qu'autant que le titre est revêtu de la raison sociale, ou que, par ses énonciations, il atteste qu'il a été souscrit dans l'intérêt et pour les affaires de la société. Lorsque l'un des associés en nom collectif, même gérant, signe des effets de commerce en son nom personnel, et sans indication qui les rattache à l'être moral, la société n'est pas obligée. Le créancier qui s'est contenté de la garantie personnelle du souscripteur, ne peut changer sa condition, en étendant à la société dont son débiteur fait partie, ses réclamations. Nous avons montré que cette faculté lui serait refusée même alors que le souscripteur des billets en aurait appliqué le fonds à l'extinction des dettes sociales, parce que le débiteur était libre d'en faire tel usage qu'il jugeait convenable, sauf à compter plus tard avec ses associés, parce que des faits qui sont dans la volonté exclusive de celui-ci ne peuvent transformer les titres et y attacher des effets qu'ils ne comportaient pas quand on les a créés.

Or, pourquoi ce qui n'est pas permis quand la société se produit au grand jour, serait-il autrement envisagé, quand elle est demeurée obscure, ignorée

du public, dépourvue tout au moins de la notariété légale? Est-ce que dans un cas comme dans l'autre, le créancier ne s'est pas contenté de la solvabilité personnelle du signataire des engagements? Est-ce qu'il n'a pas suivi sa foi? Est-ce qu'il peut raisonnablement alléguer que des garanties sur lesquelles il avait compté lui ont été enlevées? Est-ce qu'enfin l'application présumée des fonds à une société inconnue au moment du prêt peut engendrer d'autres résultats que le même fait authentiquement prouvé, quand il s'agit de sociétés régulièrement constatées?

On répond que la fraude fait exception à toutes les règles; que lorsqu'elle est articulée, la preuve testimoniale est de droit; et c'est en effet un des motifs de l'arrêt de la cour de Rouen que nous avons cité.

Si l'on veut dire que les associés qui ne donnent pas à leurs conventions la publicité réclamée par les articles 39 et 42 du code de commerce font une fraude à la loi, ce langage est vrai; mais la question n'est pas là : il ne s'agit pas de savoir s'il fallait écrire et publier la société; mais si le titre souscrit d'un nom individuel autorise une action sociale; et ce qu'il faut démontrer, dès lors, ce n'est pas que des associés sont coupables d'infraction à la loi, mais que si le créancier n'a pas la société pour obligée, c'est le résultat d'une fraude; en d'autres termes, que sans les manœuvres pratiquées envers lui pour dissimuler l'existence de cette société, il n'aurait jamais accepté un engagement individuel. En ce cas seulement, et à cette condition, il y aurait l'allégation de fraude, qui, selon l'article 1353 du code civil, autorise toujours la preuve testimoniale. Mais demander à prouver l'existence d'une société, quand on n'a pas voulu avoir la société pour débitrice, quand on n'a pas traité avec elle; quand librement, volontairement, on a accepté un engagement individuel, et que les garanties sur la foi desquelles on a contracté sont entières, c'est une prétention inadmissible; le fait démontré, la condition du créancier ne pourrait légalement être modifiée. Que servirait-il donc de l'autoriser à des enquêtes dont il ne peut tirer profit?

Vainement dirait-on qu'il y peut avoir profit, en ce sens que la société prouvée, le créancier a le droit de réclamer la part afférente à son débiteur dans les fonds de la société. Ce motif ne peut justifier l'action, car ce n'est pas dans ce but qu'elle est exercée. C'est pour atteindre et grever la société, qu'on demande à la prouver; c'est pour substituer à l'action individuelle l'action collective et solidaire; au lieu d'un débiteur, en avoir plusieurs; au lieu de la solvabilité d'un seul, une solvabilité plus ample. L'objection, vraie d'ailleurs en elle-même, est donc inapplicable à la difficulté.

En général, on abuse du mot de *fraude*. Que, dans tous les cas où les éléments d'un contrat sont vicieux, lorsque le consentement de l'une des parties a été surpris par dol ou déterminé par une erreur, on l'autorise à prouver par témoins le dol ou l'erreur dont elle est victime, pour qu'elle puisse briser le contrat, ou exercer dans leur plénitude des droits illégalement restreints, c'est une nécessité qu'il en soit ainsi; on ne peut pas exiger qu'elle rapporte la preuve écrite de faits qui ne laissent jamais pareille trace; et comme à côté de la preuve se place un résultat immédiat, la réparation du dommage causé, on en comprend l'utilité.

Ainsi, un créancier a reçu des effets souscrits d'un nom social; c'est en considération de la solvabilité des associés qu'il a donné son argent; l'échéance arrive; non-seulement la société ne paye pas, mais les associés déclinent ce titre, et soutiennent que n'ayant jamais eu de rapports sociaux avec le signataire des engagements, aucune poursuite ne peut être exercée contre eux. Que le créancier, qui a traité sur la foi publique, demande à prouver la société; qu'à cet effet, il ait recours à la notoriété, aux présomptions, aux témoins, nul ne lui peut disputer ce droit, car il a été trompé; car, sans la fraude pratiquée contre lui, il n'aurait pas prêté; car, s'il fait la preuve, il ressaisit tous les droits qui naissaient de son titre. Le droit, en ce cas, et l'utilité se confondent.

Mais qu'une omission, isolée de toute aggravation, soit considérée comme une fraude, et qu'un créancier en veuille tirer le privilége de transformer son titre, de l'amplifier, d'y attacher des effets qu'il ne comporte pas, en thèse générale, cela n'est pas légal. Il peut, sans doute, se présenter des cas où les faits appellent une solution différente; car les combinaisons de la fraude sont infinies; et sous les mêmes apparences peuvent se cacher des intentions bien différentes. Mais ce ne sont que des exceptions qui ne peuvent absorber la règle. Le droit et la raison ne permettent pas que le créancier qui s'est contenté d'un engagement individuel, étende à une société qu'il n'a pas connue ses poursuites et ses réclamations. Sa condition ne peut pas être meilleure que celle du créancier qui, traitant avec le gérant d'une société en nom collectif dûment publiée, a reçu volontairement un effet souscrit du nom de ce gérant. L'action ne peut s'adresser qu'à la personne du souscripteur.

Qu'on se pénètre aussi de cette observation. Quand un engagement est revêtu de la raison sociale, il y a présomption légale qu'il a eu pour objet l'intérêt collectif; la société est obligée. Quand l'associé l'a souscrit de son nom personnel, et que nulle indication ne supplée à l'absence du nom social, la présomption cesse; on suppose que le souscripteur a traité dans son intérêt individuel; il est seul obligé. Avec le système que nous combattons, cette théorie est renversée de fond en comble. Par cela seul que la société n'a pas été constatée par écrit, ou que l'acte n'a pas été rendu public, tous les engagements individuels deviennent des engagements sociaux; il y a présomption légale que la société a profité de tous les emprunts; elle est tenue de dettes que non-seulement elle n'a pas autorisées, mais qu'elle n'a pas connues, qu'elle n'a pas dû connaître, puisqu'elles n'avaient pas de rapport aux affaires communes..., évidemment les conséquences dépassent la faute que les associés ont commise.

Que la société soit obligée, si le créancier prouve que le secret dont elle s'entoure est une fraude, et qu'il en a souffert, rien n'est plus juste assurément; la peine doit s'étendre à tous ceux qui pratiquent la fraude. Mais qu'une simple omission convertisse en dette sociale une dette particulière, la loi sainement entendue ne saurait le permettre.

Si les titres sont souscrits d'un nom social, au que de la teneur de l'engagement il résulte qu'ils concernent une société, le créancier peut, ainsi que nous l'avons exprimé, recourir à tous les genres de preuves autorisées par la loi commerciale pour établir l'existence de la convention. Nous en avons donné la raison : la dénégation de la société est une fraude dont le but est d'enlever au créancier les garanties sur la foi desquelles il a contracté; or, selon les principes généraux du droit, il peut recourir à la preuve testimoniale, aux présomptions, à la notoriété, à tout ce qui peut démontrer que le fait dont l'apparence a déterminé son consentement existe réellement, et que ceux qui le contestent ont la volonté de tromper.

518. Telle est donc la règle générale : le créancier porteur d'un engagement social peut prouver par té-

moins l'existence de la société. Mais cette règle n'enchaîne pas la conscience du juge; il n'est pas forcé de l'appliquer dans tous les cas qui se présentent. On conçoit, en effet, que la forme du billet peut être le résultat d'un concert frauduleux entre le souscripteur et le créancier, ou même, que pour attirer la confiance, et se créer une apparence de solvabilité qu'autrement il n'aurait pas eue, le souscripteur, au risque d'un procès criminel, ait revêtu ses engagements d'une raison sociale. C'est au juge de peser avec scrupule toutes les circonstances, de consulter les vraisemblances, la moralité respective des parties, les rapports établis entre elles, la cause des dettes dont le payement est réclamé, et de ne prononcer qu'après mûr examen.

Comme le dit avec raison Pardessus, la preuve de la société doit reposer sur des faits personnels à celui contre qui elle est dirigée; car de ce que *Pierre* aurait signé un billet sous la raison *Pierre et Paul*, il ne faudrait pas conclure que ce dernier est associé de *Pierre*, s'il n'en existait pas de preuve plus directe.

Une société se révèle toujours par quelques actes extérieurs : on s'associe pour spéculer; les spéculations laissent des traces. Une énonciation des livres, un compte, une facture, une lettre, peuvent jeter sur les faits une vive lumière; le juge ne doit rien négliger. S'il doit protection au créancier qui se plaint de la fraude, il doit à l'intérêt contraire égale protection. Un associé peut dissimuler le contrat qui le lie, dans le désir de se soustraire à l'obligation de payer des dettes communes; mais ne peut-il pas arriver qu'un négociant soit victime d'un concert odieux, et que sans autre fondement que la parole de témoins corrompus, il soit obligé de payer les dettes d'une société qu'il ne connaissait même pas? Les tribunaux de commerce ne doivent jamais oublier que, si la preuve testimoniale est nécessaire, elle ne peut cependant être admise qu'avec mesure. Il ne faut pas qu'elle devienne l'auxiliaire de coupables spéculations sur la fortune d'autrui.

519. La cour de Bordeaux, dans les deux arrêts que nous avons rappelés, a sagement appliqué ces règles. Après avoir posé en principe que les tiers peuvent établir l'existence des sociétés en nom collectif, soit à l'aide de simples présomptions, soit par la preuve testimoniale, elle donne gain de cause au créancier, dans le premier cas, parce que la plupart des lettres qu'il produisait portaient la signature collective des deux associés; qu'elles étaient écrites dans un intérêt commun; — que sur l'assignation donnée aux associés devant le tribunal de commerce pour obtenir contre eux une condamnation solidaire, ils avaient reconnu par leur acquiescement la légitimité de la réclamation;

Dans le second, parce que les circulaires énonçaient la société, et que la nature des opérations prouvait assez qu'elles avaient eu lieu dans un intérêt commun.

L'arrêt de la cour de Lyon est fondé sur des circonstances semblables.

Au surplus, dirons-nous en terminant sur ce point, on ne peut, de ces exemples, tirer que des conseils. Le juge a l'appréciation souveraine des faits, et quelque usage, quelque abus même qu'il fasse de son droit, ses décisions n'encourent point la censure de la cour de cassation. Il peut impunément étendre l'application du principe que la jurisprudence a consacré.

520. Si la société en nom collectif ou en commandite est constatée par acte public, l'acte, pour être valable, doit être conforme à la disposition de l'article 1317 du code civil; si, par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier public, ou par défaut de forme, il perd les avantages de l'authenticité, mais qu'il soit signé de toutes les parties, il vaut comme écriture privée.

Si la société est constatée par un acte sous seing privé, l'acte n'est valable qu'autant qu'il a été fait en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et que chaque original contient la mention du nombre des originaux qui ont été faits.

521. La loi veut que chaque partie ait également en main la preuve de la convention et qu'elle ne puisse être à la discrétion des autres contractants. Ainsi, dans la société collective, chaque associé doit avoir un original de l'acte. Dans la société en commandite, il suffit que deux originaux aient été faits, l'un pour les gérants, l'autre pour les commanditaires;

« Attendu, dit un arrêt de la cour de cassation, du 20 décembre 1830, que, dans une société en commandite, il y a deux intérêts distincts, celui des gérants qui administrent, celui des actionnaires à raison de leurs mises de fonds; que ces actionnaires, entre eux, ne représentant qu'un intérêt commun, l'acte social sous seings privés auquel ils ont apposé leurs signatures, n'a pas besoin d'être fait en autant de doubles qu'il y a d'individus signataires; qu'il suffit qu'il y en ait deux, l'un pour les gérants, l'autre pour les associés commanditaires (Dalloz, XXXI, 1, 26). »

522. Si le nombre des originaux n'a pas été mentionné, la nullité est couverte par l'exécution donnée à la convention.

523. Il y a toutefois une exception à ces principes. Si la société est formée entre un père et l'un de ses enfants, quelle que soit la sincérité des stipulations, elles ne sont opposables aux autres successibles qu'autant qu'elles ont été consignées dans un acte authentique. C'est la disposition expresse de l'article 854 du code civil.

Peu importerait donc que l'acte sous signature privée, dans lequel les parties ont déposé la preuve du contrat qui les lie, eût été enregistré, rendu public par l'affiche au greffe du tribunal de commerce, et notoirement exécuté, l'enfant associé n'en serait pas moins obligé de rapporter à la succession paternelle tous les profits qu'il aurait retirés de la société. L'authenticité est une condition substantielle de la validité des associations entre le père de famille et l'un de ses héritiers.

La cour de Montpellier ayant jugé le contraire, le 16 août 1838, son arrêt a été cassé, le 26 janvier 1842, au rapport de M. le conseiller Ruperou :

« Vu les art. 854 et 1317 du code civil; — Attendu, en droit, qu'aux termes de cet article 854, lorsqu'une société a existé entre le défunt et l'un de ses héritiers, ce dernier n'est dispensé du rapport à raison des avantages qu'il a pu retirer de son association avec le défunt, qu'autant que les conditions en ont été réglées par acte authentique; et qu'aux termes de l'article 1317, l'acte authentique est celui qui a été reçu par des officiers publics, ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été passé, et avec les solennités requises :

« Attendu, en fait, que les conditions de l'association n'ont été réglées que par acte sous signature privée; d'où il suit qu'en dispensant ce dernier du rapport, à raison des avantages qu'il a pu retirer de cette association, la cour royale de Montpellier a violé les articles précités. » (Sirey, 1842, 1, 114.)

524. § 2. Quant aux sociétés anonymes, les conditions de leur existence diffèrent essentiellement de ce qu'on vient de lire; elles ne peuvent, selon l'article 40, être formées que par des actes publics.

Il est assez difficile de comprendre l'utilité de cette

prescription. La société anonyme n'existe légalement, qu'autant qu'elle a été autorisée par le gouvernement, et que l'ordonnance d'autorisation a été pendant trois mois affichée avec l'acte de société. C'est à cette condition qu'elle peut être opposée aux tiers; et que les associés, s'ils sont poursuivis, peuvent réclamer l'application des articles 32 et 33 du code de commerce.

Or, qu'importe que la société soit constatée par un acte sous seing privé? Cet acte n'est pas à la disposition des parties, elles n'y peuvent apporter aucun changement d'aucune sorte; et indissolublement attaché à l'ordonnance royale, il ne peut pas plus subir d'altération que l'ordonnance elle-même. L'insertion au *Bulletin des lois* est la plus authentique et la plus sûre constatation qui se puisse imaginer.

Cependant la loi exige un acte public; la société anonyme ne peut pas être autrement constatée, et c'est la première formalité qu'il faut remplir avant de s'adresser au gouvernement. Elle est la condition de l'autorisation.

Si les parties n'obéissent point à la loi, il n'y a pas de société anonyme vis-à-vis des tiers; les associés sont réputés associés en nom collectif, et, en cette qualité, tenus solidairement des dettes sociales. Le privilége accordé à l'associé anonyme de n'être passible que de la perte de son intérêt est une exception qui ne peut pas être séparée des faits auxquels elle est attachée par la loi. Quant aux associés entre eux, comme déjà nous l'avons exprimé, rien ne s'oppose à ce que la convention reçoive son effet (**Add.** Troplong, n° 252).

525. § 3. L'article 41 du code de commerce reproduit, pour l'appliquer aux sociétés, la règle consacrée par le droit civil, qu'aucune preuve par témoins n'est admise contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme au-dessous de 150 fr.

Les parties ont dû insérer avec soin toutes leurs conventions dans l'acte constitutif de la société; elles ont dû y tracer nettement la loi qu'elles entendaient s'imposer pour l'avenir. Telle est du moins la présomption légale. Comment donc permettre qu'à l'aide de la preuve testimoniale, elles augmentent leurs droits ou diminuent la somme de leurs obligations? A quoi servirait-il de rédiger des actes et même de leur conférer l'authenticité, si leur exécution ne devait pas être invariable? Ainsi, un gérant ne serait pas admis à prétendre qu'en outre du salaire qui lui est assuré, il peut exercer un prélèvement sur certaines recettes; ou que, selon les cas, il doit être exempt des dettes, lorsque ces stipulations ne sont pas écrites dans l'acte. Il ne pourrait pas davantage soutenir que la dissolution de la société, dont le terme n'est pas révolu, a été verbalement arrêtée (arrêt de Bordeaux du 15 janvier 1827; Dalloz, XXVIII, 2, 202). L'acte est la seule règle qu'il faille consulter pour fixer les rapports sociaux. (La loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 4, assujettit à un droit fixe de 5 fr. « les actes de société qui ne portent ni obligation, ni libération, ni transmission de biens meubles ou immeubles entre les associés ou autres personnes, et les actes de dissolution qui sont dans le même cas. ») (**Add.** Troplong, n° 200 1°.)

Art. 42. L'extrait des actes de société en nom collectif et en commandite, doit être remis dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre, et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences.

Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait, seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement.

Ces formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés (1).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 23. *L'extrait des actes de société doit être remis, dans le délai de quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel sont établies la maison ou les maisons du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché dans la salle des audiences (a).*

PROJET DE LA COMMISSION DE RÉVISION. — Article additionnel. *En cas de contravention aux art. 23 et 24, l'acte primitif de la société continuera d'être valable à l'égard des créanciers de la société; et les associés, même les commanditaires, seront solidairement condamnés à une amende qui ne pourra être moindre du dixième de la mise de fonds (b).*

---

(1) Texte de la loi française modifiée par la loi du 31 mars 1833 :

« L'extrait des actes de société en nom collectif et en commandite doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre, et affiché, pendant trois mois, dans la salle des audiences.

« Si la société a plusieurs maisons de commerce, situées dans divers arrondissements, la remise, la transcription et l'affiche de cet extrait seront faites au tribunal de commerce de chaque arrondissement.

« Chaque année, dans la première quinzaine de janvier, les tribunaux désigneront, au chef-lieu de leur ressort, et, à leur défaut, dans la ville la plus voisine, un ou plusieurs journaux où devront être insérés, dans la quinzaine de leur date, les extraits d'actes de société en nom collectif ou en commandite, et régleront le tarif de l'impression de ces extraits.

« Il sera justifié de cette insertion par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire, et enregistré dans les trois mois de sa date.

« Ces formalités seront observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par les associés. »

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 46. *L'extrait des actes de société doit être remis, dans le délai de quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel sont établies la maison ou les maisons du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences* (c).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE CASSATION ET D'APPEL.

TRIB. DE CASSATION. — Art. 23, dernier paragraphe à ajouter :

« Si une société transporte sa maison d'un arrondissement de tribunal de commerce dans un autre, ou si elle en établit une dans un nouvel arrondissement, la même formalité doit être remplie dans les quinze jours de la translation ou du nouvel établissement. »

TRIB. D'AGEN. — Art. 23. ... *Et affiché dans la salle des audiences.*

Ce ne serait qu'une vaine formalité, si l'affiche pouvait échapper aux yeux ou être facilement enlevée : il faudrait ajouter, *dans un tableau à ce destiné.*

La sanction des dispositions de cet article n'est point suffisante ; les inconvénients résultant de leur inexécution sont tels qu'il conviendrait d'ajouter à la peine portée en l'article 396 celles qui sont prononcées par l'édit de 1673.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 23 et 24. Assurer l'exécution de ces articles par une amende, et charger le commissaire du gouvernement ou la régie de l'enregistrement de poursuivre, en cas de négligence, les associés qui auraient agi notoirement en cette qualité, néanmoins après un avertissement préalable.

TRIB. D'AIX. — Art. 23 et 24. Ces articles manquent de sanction, puisqu'ils ne déterminent pas les suites qu'aura leur inobservance.

Ce vice est essentiel. Toute loi qu'on peut violer impunément est sans effet ; elle devient mauvaise, parce qu'elle donne lieu à l'arbitraire, si la peine de l'inobservance est livrée à la prudence du juge.

On propose de faire suivre ces deux articles d'un troisième, qui serait le 26e, et qui porterait :

« En cas d'inexécution des deux précédents articles, les sociétés auront leur effet à l'égard des associés, leurs veuves, successeurs ou ayants cause ; mais elles n'en produiront aucun vis-à-vis du tiers et à son préjudice. »

TRIB. DE BORDEAUX. — Art. 23. Cet article prescrit le dépôt, au greffe du tribunal de commerce, de l'extrait des actes de société.

La même obligation était imposée par les anciennes lois ; mais leurs dispositions, à cet égard, étaient tombées en désuétude. Il est constant que très-peu de commerçants effectuaient ce dépôt.

Pour que la même injonction ne devienne point illusoire à l'avenir, comme elle l'a été par le passé, nous pensons qu'il ne suffit pas de prescrire ces formalités ; il faut encore imposer une peine aux associés qui auront négligé de les remplir.

TRIB. DE PARIS. — Les art. 23 et 24 concernent la transcription sur les registres du greffe et l'affiche des actes de société et autres y relatifs. La commission, d'après les observations faites sur l'art. 6, propose de rédiger le commencement de l'art. 23 ainsi qu'il suit :

« L'extrait des actes de société doit être remis, dans les dix jours de leur date, au greffe du tribunal de commerce, ou, à son défaut, du tribunal du lieu où sont établies la maison ou les maisons du commerce social ; sinon au greffe de la municipalité, pour être transcrit sur le registre et affiché au lieu public. »

L'article du projet exige que les actes soient enregistrés au greffe du tribunal de commerce où sont situées la maison ou les maisons du commerce social ; ce qui est vexatoire pour les arrondissements de quelque étendue, et ne décide rien pour les arrondissements, en très-grand nombre, où il n'existe pas de tribunal de commerce. La rédaction que l'on propose paraît plus convenable à toutes sortes d'égards.

On a substitué au délai de quinzaine celui de dix jours, comme dans l'art. 37. Ce délai est en quelque sorte consacré par l'annuaire républicain ; et dans les choses arbitraires, il faut mettre au moins de l'uniformité lorsqu'il est possible.

Le reste de l'article est bien.

TRIB. DE ROUEN. — Art. 23 et 24. Ces articles ordonnent la transcription aux greffes des tribunaux de commerce, des actes de société et de ceux de leur dissolution. L'art. 396 met au nombre des présomptions de banqueroute le défaut de cet enregistrement ; cette disposition n'aura d'application que dans le cas de déconfiture de la société, et alors elle donnera lieu à une poursuite criminelle ruineuse pour les créanciers, et sans succès, si on n'a contre les sociétaires faillis que cette présomption, insuffisante en droit, pour prononcer contre eux les peines portées contre les banqueroutiers. Ces réflexions déterminent à penser qu'une amende pécuniaire assurerait davantage l'exécution de ces deux articles.

TRIB. DE RENNES. — Art. 23 et 24. La commission, sur l'observation d'un de ses membres, propose un article intermédiaire qui prononce quelque peine, faute d'enregistrement (1) ou d'affiche de l'acte de société.

Elle se fonde sur ce que l'art. 6 du titre IV de l'ordonnance de 1673 portait que les sociétés n'auraient d'effet, à l'égard des associés, leurs veuves, héritiers, créanciers et ayants cause, que du jour de l'enregistrement et publication ; qu'à la vérité Jousse dit que cette clause n'est point observée à l'égard des associés, leurs veuves ou héritiers, mais qu'en la rédigeant autrement, elle aurait un principe de justice sévère qui en assurerait l'exécution.

L'article intermédiaire proposé par la commission pourrait être ainsi conçu :

« Le défaut d'enregistrement et de publication dans les termes de l'article précédent, ne pourra être opposé par les associés, leurs veuves ou héritiers ; mais il pourra l'être contre eux par les tierces personnes, contre lesquelles les sociétés n'auront leur effet que du jour de l'enregistrement et de l'affiche. »

Le tribunal, au lieu de l'article proposé par la commission, a été d'avis de la rédaction suivante :

« A défaut d'inscription au greffe du tribunal de commerce et de publication de l'acte de société dans les termes et délais fixés par l'article précédent, nul ne peut contracter ni signer quelque acte que ce soit en nom social, à peine de faux. »

TRIB. DE CAEN. — Art. 23. L'ordonnance de 1673, en prescrivant le dépôt des actes de société au greffe de la juridiction consulaire, paraît avoir considéré qu'il ne se trouve pas partout des juridictions de cette espèce. Quoique les tribunaux de commerce soient assez multipliés, il n'y en a pas dans tous les arrondissements ; et il serait bon de statuer qu'en ce cas l'enregistrement se fera au greffe du tribunal civil de l'arrondissement.

TRIB. DE DOUAI. — Art. 23. « L'extrait des actes de société doit être remis au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement. »

Cet article semble supposer que tout le territoire de la république sera divisé en arrondissements de commerce, dont chacun aura son tribunal, et cette supposition semble autorisée aussi par l'article 424 ; si elle était fausse, et si quelques tribunaux civils de première instance devaient sur cet objet conserver leur attribution actuelle, il faudrait, dans l'art. 23, indiquer aussi leurs greffes comme dépôts des actes de société.

TRIB. DE NANCY. — Art. 23. L'expression de *société*, dans la première ligne, est trop générale ; il faudrait y ajouter : *entre marchands et négociants, et pour affaires de commerce.*

Il serait peut-être convenable qu'un extrait des actes de société fût également remis au greffe du tribunal ordinaire, pour y être transcrit sur ses registres, ou du moins au greffe de la justice de paix où la maison de commerce serait établie, avec dispense de l'enregistrement au bureau de la régie.

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. D'ANNONAY. — Art. 24. L'extrait des actes de société doit être remis, dans le délai de quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel sont établies la maison ou les maisons du commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché dans la salle des audiences, etc.

Les actes de société déjà existants sont-ils dans le cas

(1) Enregistrement signifie ici insertion sur les registres du greffe du tribunal de commerce.

d'être également remis au greffe du tribunal? Dans quel délai doivent-ils l'être?

Trib. d'Arras.— Art. 23. Il faudrait une peine prochaine en cas d'inexécution de cet article, ou au moins que le commissaire fût autorisé à forcer le dépôt, lorsqu'il connaîtrait une société établie par des actes quelconques, par exemple des lettres, des billets signés *tel et compagnie*. La peine portée à l'art. 596 est trop éloignée pour décider les sociétaires négligents.

Trib. de Bruxelles. — Art. 23. Nous observons que dans les arrondissements où il n'y a point de tribunaux de commerce, les extraits des actes de société devraient être remis, enregistrés et affichés à la mairie; et quant à la désignation du montant des valeurs à fournir, nous pensons que cette désignation devrait seulement regarder le montant des fonds versés dans les sociétés et maisons de commerce par les commanditaires. Nous croyons urgent de changer cet article, sans quoi l'on s'exposerait à provoquer de nombreux actes de faux.

Trib. de Bordeaux. — Art. 23. Il est à propos d'ajouter à la fin de cet article : *à peine d'amende contre les contrevenants;* et cette amende doit être fixée par la loi.

Tout article impératif doit prononcer une peine contre ceux qui y contreviennent.

Trib. de Colmar. — Art. 23. Nous estimons que tous actes de société antérieurs au nouveau code de commerce, devraient être compris dans cet article.

Trib. de Gand.— Art. 23. Il nous paraît qu'il conviendrait que les sociétaires, etc., signassent aussi l'extrait transcrit sur le registre indiqué par l'article, conjointement avec le greffier, et qu'en cas d'absence d'un des sociétaires, il signât par fondé de pouvoirs par un acte authentique et notarié en brevet, qui resterait annexé au registre.

Cette mesure aurait le double avantage de rendre le registre plus authentique et certain, et de déposer dans un dépôt public la signature des sociétaires et la raison de leur maison de commerce.

Trib. de Mons. — Art. 23. L'article 23 ordonne sagement le dépôt, au greffe du tribunal, des actes de société : cette obligation devrait être imposée aux sociétés préexistantes à l'émanation du code, principalement dans ce département, où l'extraction des houilles a donné naissance à une grande quantité de contrats de société.

Il paraît que les raisons qui ont engagé à renvoyer pardevant des arbitres les contestations d'associé à associé, devraient militer pour faire terminer de la même manière les contestations qui s'élèvent entre deux sociétés, contestations qui sont fréquentes dans les cantons où les extractions des mines ont lieu.

Trib. de Paimpol. — Art. 23. On ne peut voir qu'avec plaisir dans le titre *des Sociétés*, le renouvellement de la disposition de l'édit du commerce quant à la nécessité de la remise, enregistrement et affiche des actes ou polices des sociétés. Cette disposition avait été généralement négligée, et il est du plus grand intérêt que les sociétés soient connues, d'autant que les opérations du commerce peuvent en dépendre, et que cette sage précaution doit infailliblement accroître la confiance, qui, le plus souvent, serait trompée si les sociétés pouvaient demeurer entièrement ignorées.

Trib. de Reims. — Art. 23. Il est indispensable d'imposer une peine pour le défaut d'enregistrement des actes de société au greffe du tribunal, autrement la loi sera éludée et tombera en désuétude comme par le passé. On ne doit pas prononcer la nullité, elle causerait un trouble considérable : il faut donc une peine capable de forcer à l'exécution.

L'affiche de cet extrait, revêtu des signatures, a pour objet de faire connaître ce type au public.

Les greffes, qui sont les dépôts naturels de tout ce qui intéresse la justice, ne sont fréquentés que par ceux qui ont un intérêt réel à prendre connaissance des objets qui y sont déposés.

Les salles d'audience sont fréquentées souvent par des oisifs, qui ne se livrent à d'autre occupation que celle de faire des dupes.

Des signatures abandonnées à la vue de ces derniers, dans l'un de ces moments où toutes les attentions, hors les leurs, sont dirigées sur une question ou affaire importante soumise à la décision du tribunal; ces signatures, nous sommes-nous dit, ne seront-elles pas exposées à être tellement observées par le malveillant, que le type en reste assez gravé dans sa mémoire pour les imiter et profiter du crédit de la société aux dépens des associés?

Cette idée nous a alarmés, et nous avons pensé que pour entrer dans l'esprit de la loi, dont l'œil prévoyant veille autant à l'intérêt des associés qu'à celui de ceux qui font des affaires avec la société, il conviendrait mieux que l'extrait de l'acte de société, signé des associés, fût déposé en original au greffe, où chacun pourrait en aller prendre connaissance, et que copie seulement de cet extrait fût affichée dans la salle des audiences, avec l'énunciation du dépôt au greffe de l'original revêtu des signatures.

Trib. de Riom. — L'article 23 du titre III nous a paru entraîner un inconvénient grave, en ce qu'il énonce que l'extrait des actes de société, dont la transcription est ordonnée sur le registre du greffe du tribunal de commerce, sera affiché dans la salle d'audience, revêtu de la signature des associés.

La signature de l'extrait de société par tous les associés, a pour objet de certifier la sincérité de l'extrait, et de donner à la justice le type du seing de chaque associé.

Trib. de Saint-Malo.— Art. 23. Si l'on n'impose pas une peine pour le défaut d'enregistrement des actes de société au greffe du tribunal, la loi qui l'ordonne tombera en désuétude comme par le passé. Mais il ne faut pas que cette peine soit la nullité.

Trib. de Strasbourg. — Art. 23. La stricte exécution du premier paragraphe de cet article pourrait être atteinte par une amende à prononcer contre les contrevenants.

Trib. de Soissons.— Art. 23. La disposition de cet article sera éludée comme par le passé, si l'on n'inflige pas une peine à ceux qui négligeront de faire enregistrer les actes de société; mais cette peine ne doit pas être celle de nullité, qui pourrait frapper sur d'autres que les associés, particulièrement sur les créanciers de la société.

Trib. de Tours. — Art. 23. L'extrait des actes de société doit être remis, dans le délai de quinzaine de leur date, au greffe, etc.

Lorsqu'il n'y a point de tribunal de commerce établi dans le lieu où est située la maison du commerce social, le tribunal croit qu'il serait bon que l'acte de société fût enregistré, soit à la mairie, soit à la justice de paix. Par ce moyen, ceux qui traitent avec la maison de commerce pourraient s'assurer, sans se déplacer, de l'existence de la société et du nom des associés.

(b) MOTIFS DE LA COMMISSION DE RÉVISION.

Art. 23 et 24. Ce n'était pas assez d'assujettir les sociétés aux formalités que ces deux articles prescrivent, la loi doit imposer une peine à ceux qui ne s'y conformeront pas. Nous avons réparé cette omission, et quoique les dispositions de l'art. 596 du projet nous aient paru dans le temps une peine suffisante, nous avons reconnu que cette peine n'étant applicable que dans le cas de faillite, il était juste qu'il y en eût une pour les autres cas.

(c) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Si la société a plusieurs maisons. — Observations des sections réunies du tribunat.

Art. 47. On remarque que cette disposition se rapporte avec celles énoncées au titre IV de l'ordonnance de 1673. Mais cette ordonnance avait réglé en même temps les droits de greffe, auxquels la formalité prescrite devait donner ouverture. Cette précaution, qui rassurait les sociétaires contre la crainte d'un déboursé trop considérable, rendait l'exécution de la loi plus facile et plus certaine; il est à désirer qu'une mesure également prévoyante et paternelle soit prise pour toutes les formalités judiciaires qui sont nécessaires à la validité des actes commerciaux. Les sections réunies en forment le vœu et se réservent de l'exprimer d'une manière plus générale et plus étendue à la fin de leur procès-verbal.

Quant à la rédaction de l'article, on s'est arrêté sur les mots *au greffe du tribunal de commerce dans lequel sont établies la maison ou les maisons de commerce.*

Cette phrase suppose bien plusieurs *maisons de commerce*, mais elle semble supposer aussi toutes ces maisons situées dans l'arrondissement d'un seul tribunal; cependant il peut arriver que chacune appartienne au ressort d'un tribunal différent.

On propose de signaler plus expressément ce cas par les termes suivants :

« L'extrait des actes de société en nom collectif et en commandite doit être remis, dans le délai de quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement

dans lequel est établie la maison de commerce social, pour être transcrit sur le registre et affiché pendant trois mois dans la salle des audiences.

« Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, la remise, la transcription et l'affichage de cet extrait seront faits au tribunal de commerce de chaque arrondissement.

« Ces formalités seront observées, à peine de nullité des actes, à l'égard des intéressés; mais le défaut d'aucune d'elles ne pourra être opposé à des tiers par des associés. »

A peine de nullité à l'égard des intéressés. — Motifs de cette distinction.

MERLIN demande s'il est dans l'intention de la section d'exclure la faculté de prouver par témoins une association qui n'aura pas été constatée par écrit.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) répond que la preuve par témoins ne doit pas être admise dans ce cas; que cette opinion est celle de tous les commentateurs.

MERLIN objecte que, d'après la jurisprudence universellement reçue, la preuve par témoins est admissible à l'effet de prouver une association, dès qu'il en existe un commencement de preuve par écrit; que cette doctrine est consacrée par les arrêts des parlements, de l'ancien conseil d'État et de la cour de cassation.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) dit que, pour justifier qu'il n'a rien hasardé dans ce qu'il a avancé sur l'opinion des commentateurs, il croit devoir mettre sous les yeux du conseil celle de l'un des plus célèbres. Voici comment Jousse s'exprime :

« Cette disposition est conforme à celle de l'article 2 du titre XX de l'ordonnance du mois d'avril 1667; c'est pourquoi ceux qui font ensemble une société doivent avoir soin d'écrire, dans l'acte qui l'établit, toutes les conventions qu'ils veulent qui soient exécutées; car c'est là la loi qui doit régler les parties; et s'ils jugent à propos, dans la suite, d'y faire quelque changement, il faut qu'ils expliquent leur intention par un nouvel écrit. »

Il y aurait de l'inconvénient à renverser une doctrine aussi bien établie, lorsqu'elle n'excite pas de réclamation; il y en aurait aussi à proscrire positivement le système de Merlin, parce que, dans quelques circonstances, rares à la vérité, mais qui cependant peuvent se présenter, l'exclusion de la preuve par témoins forcerait peut-être de juger contre la justice.

L'ARCHICHANCELIER pense que l'article, qui ne règle que les cas les plus ordinaires, aura l'avantage d'empêcher qu'un citoyen ne se trouve associé par fraude et à son insu; mais que, dans l'application, il pourra aussi quelquefois faciliter le désaveu frauduleux de l'associé qui cherchera à se dégager d'une convention purement verbale.

Ce danger n'existait pas autrefois, parce que les tribunaux de commerce étaient des tribunaux d'équité. Aujourd'hui, au contraire, et dans le système qui tend à les lier par des règles précises, il faut avoir soin de leur ménager quelque latitude; car si la loi prévoit tous les cas, les juges ne pourront plus se déterminer, dans aucun, par des motifs de pure équité; leurs jugements seraient cassés.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) dit que s'il a bien compris l'opinion de Merlin, elle ne tend pas à permettre de prouver par témoins l'existence de l'acte de société, mais seulement un fait qui explique cet acte. Par exemple, lorsqu'il s'agira de juger si une personne, qui n'est pas dénommée dans l'acte, a néanmoins été mise postérieurement au nombre des associés, la signature qu'elle aura donnée sous la raison sociale, et la part qu'elle aura prise aux opérations de la société, pourront servir à établir ce fait.

MERLIN dit que son opinion porte sur le cas où l'existence de la société est déniée et sur le cas où son existence étant reconnue, l'on met en question si telle personne en fait partie; et il répète que, dans l'un comme dans l'autre cas, la jurisprudence des arrêts a constamment admis la preuve par témoins, lorsqu'il y avait un commencement de preuve par écrit; que si Jousse a dit le contraire, on doit mettre son assertion au nombre des erreurs multipliées qui ont échappé à ce commentateur. « Au surplus, ajoute-t-il, je suppose qu'un associé soit absent au moment où se fait le contrat de société, et qu'en conséquence il ne le signe ni personnellement, ni par procureur, pourra-t-on invoquer les actes émanés de lui pour établir sa qualité? Voilà ce que ne décide pas l'article proposé par la section de l'intérieur, et ce que pourtant il importe de décider.

Il importe aussi de décider positivement si une association contractée par lettres missives est valable, ou le texte de la loi embarrassera les juges.

Au reste, l'observation de Merlin porte plus sur l'article 46 que sur l'article 45.

TREILHARD dit qu'il ne faut admettre la nullité que contre les associés; mais que la société une fois prouvée, ne fût-elle pas constatée par un acte, les obligations contractées en son nom, au profit des tiers, n'en doivent pas moins avoir leur effet.

BERLIER observe que les objections de Merlin semblent se rattacher moins à l'art. 45 qu'à l'art. 46.

En effet, cet article 46, en ordonnant la remise au greffe d'un extrait des actes de société, suppose que tous ces actes seront rédigés par écrit, et cette induction, fort naturelle, remplace ici le principe qui n'est point formellement posé, de l'obligation d'écrire de tels contrats.

En résulte-t-il qu'il faille modifier cette disposition? Berlier ne le pense pas; la remise qu'elle ordonne est juste et utile; elle tend à fixer les qualités des parties et à en instruire le public, avantage considérable en cette partie, et qu'il faut craindre d'atténuer par des exceptions, ne s'agissant d'ailleurs pas, dans le système de Merlin, d'une simple association en participation, qui peut avoir lieu sans un contrat écrit, mais d'une position particulière dans laquelle il y aurait lieu de traiter comme associés solidaires, vis-à-vis des tiers intéressés, telles gens qui auraient frauduleusement dissimulé les rapports qui leur nuisent.

C'est cet esprit de fraude qui constituera l'exception dans un tel cas; et les tribunaux qui ont pu réprimer de telles machinations sans le secours de l'amendement posé, le pourront de même à l'avenir; il ne faut point pour cela embarrasser la législation, ni modifier un principe salutaire par des exceptions dangereuses.

MERLIN dit qu'il n'insiste sur son observation que parce que la section ne veut reconnaître d'association que celle qui est contractée par un acte formel et *ad hoc*.

L'ARCHICHANCELIER dit que, pour déterminer l'étendue de la nullité, on pourrait changer la rubrique de cette première section, et dire : *Des diverses sociétés et des règles entre associés*.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) observe que cette section renferme aussi des règles relatives aux tiers.

Il ajoute qu'au surplus les tribunaux de commerce sont toujours subvenus aux cas occasionnels.

L'ARCHICHANCELIER répète qu'ils ne le pourront plus quand on leur aura donné des règles précises; s'ils s'en écartent, leurs jugements seront cassés.

C'est précisément parce que cette section contient des articles relatifs aux tiers, qu'on en conclura que ses dispositions sont générales.

TREILHARD propose de dire expressément que le défaut des formalités exigées pour rendre la société valable entre associés, ne pourra être opposé aux tiers.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) dit qu'il avait intention de proposer cet amendement sur l'art. 46.

Il observe que l'art. 6 du titre X de l'ordonnance de 1673 n'était pas suivi. Jamais les tiers n'ont été déchus de leurs droits contre une société à l'égard de laquelle les formalités n'avaient pas été observées.

L'art. 47 est discuté.

CRETET propose d'ajouter à ces mots, *le montant des valeurs fournies*, ceux-ci : *ou à fournir*.

MERLIN demande si l'inexécution de l'article n'entraînera aucune peine.

SÉGUR répond que les suites de l'inexécution sont déterminées au titre *des Faillites*.

BIGOT-PRÉAMENEU désirerait en outre qu'il y eût une amende.

BÉGOUEN dit que l'amende ne serait toujours exigée que dans le cas de faillite, et appuie en conséquence l'observation de de Ségur, qu'il suffira de déterminer au titre *des Faillites* la peine de l'inexécution.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) dit qu'elle le serait dans tous les cas, et que la condamnation serait poursuivie par la partie publique.

Mais il y a une autre difficulté; si l'existence de la société était niée, comment la prouver, et obliger à la représentation de l'acte qui n'a pas été produit?

TREILHARD pense qu'on doit déclarer l'acte nul : cette nullité ne saurait avoir d'inconvénients, lorsqu'elle n'a d'effet que contre les associés qui doivent tous également s'imputer le défaut d'enregistrement, et qu'elle ne s'étend pas aux

tiers. Une telle peine est plus efficace que celle de l'amende.

CRETET objecte qu'il sera cependant nécessaire de régler les affaires qui ont été faites en société.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) dit que, suivant Jousse, la nullité n'est pas ordinairement prononcée pour défaut d'enregistrement, mais qu'on exige seulement que l'existence de la société soit prouvée.

L'ARCHICHANCELIER dit que cette doctrine est évidemment la seule raisonnable. L'objection de Crétet le prouve, et il est impossible d'y répondre.

BIGOT-PRÉAMENEU dit que l'enregistrement n'est établi que dans l'intérêt des tiers; qu'il ne doit donc pas avoir d'effet entre les associés.

Le conseil rejette la proposition de punir, par une amende, l'omission de l'enregistrement de l'acte de société au greffe du tribunal de commerce.

SOMMAIRE.

526. Les anciennes ordonnances qui prescrivaient la publicité des sociétés commerciales, étaient demeurées sans exécution. Il est constaté par les auteurs et la jurisprudence que l'ordonnance de 1673 était en désuétude, après dix années à peine écoulées depuis la promulgation.

527. La loi nouvelle prononce la nullité de toute société en nom collectif ou en commandite qui n'aurait pas été rendue publique par les moyens indiqués dans l'article 42 du code de commerce. Aucune omission ne peut avoir lieu impunément.

528. Ainsi, le défaut d'enregistrement, dans les trois mois, du journal où a été publié l'extrait de la société, est une cause de nullité. Arrêts conformes de la cour de cassation, des cours de Toulouse et de Bordeaux.

529. Les nullités ne doivent pas être étendues au delà des cas prévus par la loi. Ainsi l'art. 42 n'exige pas que les publications soient faites partout où la société exerce son industrie, mais seulement dans les lieux où elle a des maisons de commerce. Exemple tiré d'un arrêt de la cour de Paris, du 24 décembre 1842.

530. Il n'est pas nécessaire non plus que des insertions soient faites dans tous les journaux désignés par le tribunal de l'arrondissement où est le siége de la société : la publication par un seul de ces journaux satisfait à la loi.

531. La nullité prononcée par l'article 42 du code de commerce est absolue ; elle n'est pas couverte par l'exécution donnée volontairement au contrat par les associés.

532. Elle s'applique au cas où les parties, après avoir réglé les conditions de leurs rapports, se sont engagées à les faire constater par un acte authentique.

533. Mais on ne peut pas l'invoquer après la dissolution de la société.

534. La cour de cassation a jugé, le 12 juillet 1825, que la partie qui avait non-seulement exécuté la convention, mais reconnu son existence en justice, n'était pas non plus recevable à opposer la nullité. Examen et réfutation de cet arrêt.

535. Arrêt contraire de la cour de Toulouse.

536. La nullité ne doit pas être prononcée si, avant qu'elle ait été proposée par l'une des parties, les formalités de publicité ont été accomplies. Leur observation, quoique tardive, met le contrat hors d'atteinte.

537. L'article 42 du code de commerce, en réglant les délais pendant lesquels les conditions qu'il énumère devraient être remplies, n'a eu d'autre but que d'assigner un point de départ aux demandes en nullité. Les parties peuvent, après ces délais, réparer l'omission qu'elles ont commise : leur droit ne cesse qu'au moment même où l'un des associés a formé son action.

538. Arrêts conformes de la cour de cassation et des cours royales de Grenoble, de Montpellier, etc.

539. Lorsque la nullité est prononcée, elle n'atteint que l'avenir. Le contrat produit pour le passé les mêmes effets que s'il avait été régulièrement contracté.

540. La clause compromissoire qui défère à des arbitres amiables compositeurs le droit de prononcer souverainement sur les contestations nées de la société, n'est plus susceptible d'exécution après la nullité prononcée. Une telle stipulation, qui ne regarde que l'avenir, périt avec l'acte qui la contient.

541. Arrêts conformes de la cour de cassation et de la cour d'Angers.

542. La clause pénale stipulée pour le cas où l'un des contractants se désisterait de la société, ne doit pas non plus recevoir son application quand la rupture du contrat a pour cause l'inobservation de l'art. 42 du code de commerce. La partie qui provoque la nullité ne fait qu'user d'un droit.

543. Les associés ne peuvent opposer aux tiers la société qui n'a pas été régulièrement constatée et publiée. Ainsi les créanciers personnels des associés peuvent exercer leurs droits comme s'il n'avait jamais existé de société.

544. On ne pourrait pas les repousser par le motif qu'ils avaient une connaissance personnelle des rapports formés entre les associés. Arrêt conforme de la cour de Paris.

545. Les tiers, d'ailleurs, ne seraient point admis à décliner l'exécution des engagements par eux contractés envers une société non publiée.

546. C'est une conséquence du même principe, que les tiers qui ont traité avec la société puissent agir contre elle et contre les associés personnellement, comme si la loi avait été scrupuleusement exécutée.

547. Mais si la lutte s'établit entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés, les créanciers sociaux n'ont pas de privilége.

548. Arrêts conformes à cette doctrine.

549. Le créancier personnel de l'un des associés n'est pas recevable à opposer la nullité de l'acte, quand ses droits sont postérieurs à la dissolution de la société.

550. Quand la société n'a pas été publiée, les droits hypothécaires s'acquièrent et s'exercent comme si elle n'existait pas. Les immeubles achetés par les associés sont, au regard des tiers, des immeubles indivis entre les acquéreurs. Ils ne sont pas réputés appartenir à l'être moral.

551. L'art. 42 du code de commerce n'est pas applicable aux sociétés formées et exploitées par des Français en pays étranger.

COMMENTAIRE.

526. Nous avons ci-devant exposé par quelles raisons la publicité des associations commerciales avait été jugée nécessaire, et comment, dès l'année 1579, la législation avait pourvu à ce besoin, en déclarant qu'à défaut d'enregistrement aux bailliages et sénéchaussées, les associés ne pourraient avoir aucune action l'un contre l'autre.

L'ordonnance de 1673, en reproduisant cette disposition y ajouta une rigueur nouvelle.

Les art. 2 et 6, tit. IV, portaient : Art. 2. « L'ex-

« trait des sociétés entre marchands et négociants... « sera registré au greffe de la jurisprudence consu- « laire...; le tout à peine de nullité des actes et des « contrats passés, tant entre les associés qu'avec leurs « créanciers et ayants cause.

Art. 6. « Les sociétés n'auront effet à l'égard des « associés..., leurs créanciers et ayants cause, que du « jour qu'elles auront été registrées et publiées. »

Dix années ne s'étaient point encore écoulées depuis la promulgation de cette ordonnance, qu'on ne l'exécutait plus. Savary, (*parère* 40, t. II, p. 327), Bornier (t. II, l. 368, 470), Jousse (art. 2 et 6, tit. IV, ordonnance de 1673), Pothier (*Société*, n° 82) attestent que dès sa naissance, elle était tombée en désuétude. Plusieurs arrêts rendus par la cour de cassation sur les conclusions de Merlin, ont consacré que l'inobservation des formalités imposées par l'ordonnance de 1673 n'entraînait la nullité des sociétés en nom collectif ou en commandite, ni à l'égard des associés, ni à l'égard des tiers (**Add.** Troplong, n° 220).

527. Quand le code de commerce fut discuté, on rechercha ce qu'il fallait faire pour assurer la publicité des associations, et vaincre la résistance que jusqu'alors avaient rencontrée les volontés du législateur. Le projet de code, après avoir imposé l'accomplissement de formalités analogues à celles tracées dans l'ordonnance de 1673, n'attachait d'autre peine à leur inobservation que la présomption de banqueroute. Les tribunaux réclamèrent; on proposa d'y substituer une amende qui pourrait s'élever jusqu'au dixième de la mise de fonds; mais sur les observations de Treilhard, la proposition fut repoussée. « La nullité, di- « sait-il, ne saurait avoir d'inconvénients, lorsqu'elle « n'a d'effet que contre les associés qui doivent tous « également s'imputer le défaut d'enregistrement, « et qu'elle ne s'étend pas aux tiers. Une telle peine « est plus efficace que celle de l'amende. » (**Add.** Troplong, n° 240.)

C'était revenir à l'ordonnance de 1579, on adopta cette opinion.

Un décret du 18 février 1814 prescrivit en outre, qu'après la remise au greffe des tribunaux de commerce et l'affiche dans la salle d'audience, l'extrait des sociétés en nom collectif et en commandite fût inséré dans les affiches judiciaires ou dans le journal du commerce du département où elles s'organiseraient.

La précaution était utile; mais le décret ayant été déclaré inconstitutionnel par un arrêt des chambres réunies de la cour de cassation, du 3 mars 1832 (Dalloz, XXXII, 1, 113), une loi fut proposée pour y suppléer, et c'est ainsi que s'est formulée définitivement la pensée du législateur. La publicité des journaux a été ajoutée à la publicité résultant de l'enregistrement, et de l'affiche dans les tribunaux de commerce (**Add.** Troplong, n° 232).

Ainsi, pour que la société soit régulièrement formée, et pour qu'elle crée entre les associés un lien durable, il faut non-seulement qu'elle soit enregistrée, transcrite, affichée dans l'arrondissement où est établie la maison du commerce social, mais que les mêmes formalités soient accomplies dans tous les arrondissements où la société peut avoir des maisons de commerce, et qu'en outre, la publicité soit donnée par les journaux à la constitution de l'être collectif.

Si les dispositions de la loi ne sont pas littéralement exécutées, le contrat est nul entre les associés, nul de toute nullité. Il n'est plus au pouvoir des tribunaux, comme sous les ordonnances de 1579 ou de 1673, de relever les contractants de la peine qui leur est infligée.

Peu importe que la formalité qui n'a pas été remplie semble plus ou moins nécessaire, la nullité s'attache à toute omission quelle qu'elle soit : on serait ramené bien vite au mépris des lois, si commun sous les parlements, si on laissait à l'arbitrage des tribunaux l'appréciation des nullités. Le commandement le plus formel, le plus utile dans ses effets, pourrait être éludé. Les lois qui prononcent des nullités n'admettent pas de tempérament (**Add.** Troplong, nos 239 et suiv.).

528. Ainsi on a jugé que dans le cas même où l'acte qui constitue la société avait été inséré dans le journal désigné par le tribunal de commerce, conformément à la loi, il fallait prononcer la nullité, si l'exemplaire qui contient l'extrait des conventions sociales n'avait pas été enregistré dans les trois mois de sa date.

Sur le pourvoi formé contre l'arrêt, la cour de cassation a consacré la même doctrine, ajoutant que la nullité résultant du défaut d'enregistrement était d'ordre public, et n'avait pu être couverte par l'exécution donnée volontairement à l'acte de société par celui des associés qui, plus tard, en avait sollicité l'annulation (30 janvier 1839; Dalloz, XXXIX, 1, 91).

Le 3 février 1841, la cour royale de Bordeaux a rendu une solution identique :

« Attendu que cette formalité, prescrite pour donner date certaine à cette voie spéciale de publication, est au nombre de celles qui doivent être observées, à peine de nullité, entre associés, aux termes du § 4 de l'art. 42 du code de commerce, modifié par la loi du 31 mars 1833; qu'elle n'a pas évidemment été ordonnée dans un intérêt fiscal, ni dans celui des parties contractantes, qui ne peuvent ignorer les conventions qu'elles ont stipulées; que la disposition pénale a été déterminée par des motifs d'utilité publique, afin de prévenir les fraudes qui pourraient être pratiquées à l'égard des tiers, s'il était loisible aux associés de les priver de la garantie qui résulte pour eux du mode de publicité dont le législateur a exigé l'accomplissement dans un délai qu'il a pris soin de fixer;

« Que la nullité dès lors est absolue, et ne saurait être couverte par aucun acte d'exécution ni de confirmation. » (Dalloz, XLI, 2, 185.)

529. Mais par cela même que les nullités dont le principe est dans l'art. 42 du code de commerce sont plus rigoureuses, elles ne doivent pas être facilement étendues : il en faut restreindre l'application aux cas prévus : on ne peut exiger des parties plus que la loi ne comporte dans sa plus étroite acception.

Ainsi, l'art. 42, dans ses deux premiers paragraphes, exige que les formalités de publicité soient accomplies dans tous les lieux où la société a des maisons de commerce. Ce serait pousser les choses à l'excès, que d'imposer la nécessité des publications partout où la société a des rapports avec les tiers, et se livre aux travaux qui doivent la conduire à son but. Il faut encore, pour que la loi soit applicable, qu'il y ait un domicile social, une maison de commerce.

La cour de Paris a fait récemment une sage application de cette doctrine.

Dans le fait, un sieur Collin, concessionnaire d'une route entre Provenchères et Vignory, dans le département de la Haute-Marne, avait formé, pour l'exploitation de son privilége, une société en commandite dont il était gérant. L'acte passé le 2 janvier 1836 exprimait que le siége de la société serait à Paris; il y fut enregistré, publié; aucune des conditions imposées par l'art. 42 du code de commerce ne fut omise.

Cependant, par un acte postérieur, Collin avait transporté à ses créanciers personnels le droit de recevoir le péage pendant un certain temps.

Un procès s'engage entre ces créanciers et les com-

manditaires sur la validité de la cession. Les créanciers opposent que l'acte de société n'ayant pas été publié dans l'arrondissement de Chaumont, où était en réalité l'exploitation du commerce social, ne pouvait être invoqué contre eux.

5 janvier 1842, jugement qui accueille ce système: « Attendu que le but évident des publications prescrites par les art. 42, 43 et 44 du code de commerce, est d'avertir de l'existence des sociétés les tiers qui sont présumés devoir entrer en rapport d'affaires avec elles, et qui doivent se trouver réunis principalement au lieu de l'exploitation du commerce qui fait l'objet de la société;

« Que la loi ayant exigé autant de publications que la société peut avoir de maisons où s'exerce le commerce social, on ne peut, sans s'éloigner de son texte comme de son esprit, limiter la publication au lieu où est établi le siége de la société, lorsque ce lieu n'est pas en même temps celui du commerce social; qu'en effet, ce serait livrer l'exécution de la loi à la volonté plus ou moins intéressée des parties, tandis que c'est le fait matériel et invariable du commerce qui doit désigner le lieu de la publication;

« Que c'est d'après les mêmes principes que la jurisprudence a reconnu que les termes de l'art. 59 du code de procédure civile ne s'opposent pas à ce qu'une société soit valablement assignée aux lieux où elle exploite son commerce, bien que le siége social soit établi ailleurs;

« Attendu, en fait, que la société créée par Collin avait pour objet, suivant les termes de l'art. 1er de l'acte de société, la rectification des côtes de Provenchères et de Vignory, situées dans l'arrondissement de Chaumont (Haute-Marne), et la perception de tous les produits, pendant la durée de la concession;

« Que vainement on allègue que la nature même de ces spéculations et l'état matériel des lieux y rendent impossible l'établissement d'une maison de commerce; que cette expression de la loi emporte moins l'idée d'un séjour, ou d'une habitation, que celle du lieu où l'affaire commerciale est gérée;

« Que, dans l'espèce, la spéculation sociale consiste notamment dans l'achat des matériaux, l'emploi et le payement des ouvriers et préposés, et la perception des péages, opérations toutes commerciales, et qui mettent la société en rapport avec les tiers;

« Que Paris, au contraire, ne paraît avoir été choisi pour la désignation du siége social, que parce qu'il était le lieu du domicile du gérant, et celui dans lequel les actions pouvaient se placer et les actionnaires se réunir plus facilement; mais que la loi n'ayant pas en vue les rapports des associés entre eux, mais ceux de la société avec les tiers, la publication faite à Paris devait être réitérée à Chaumont, centre réel des affaires de la société;

« Attendu que ce défaut de publication suffisante rend les actionnaires non recevables à opposer à la maison Daguin, représentée par Couvreux, l'existence de la société formée par Collin, le 2 janvier 1836. »

Mais, sur l'appel, arrêt infirmatif du 24 décembre 1842 (*Gazette des Tribunaux*, 27 décembre 1842), par les motifs suivants:

« Que Collin, concessionnaire des travaux à faire pour la rectification des côtes de Provenchères et de Vignory, a formé, par acte passé devant Lefébure-Saint-Maur, notaire à Paris, le 2 janvier 1836, une société en nom collectif à son égard seulement, et en commandite à l'égard des autres sociétaires;

« Qu'il a apporté dans cette société la nouvelle route qu'il s'obligeait à établir, et tous les produits résultant de la concession de cette route;

« Que le 12 janvier 1836, cet acte de société a été déposé au greffe du tribunal de commerce du département de la Seine, pour être affiché et publié conformément à la loi; qu'il a, en outre, été inséré dans le *Journal général d'affiches* et dans la *Gazette des Tribunaux;*

« Considérant que la publicité ainsi donnée à l'acte du 2 janvier 1836 satisfait au vœu de l'art. 42 du code de commerce;

« Qu'à Paris, en effet, était le siége de la société, la demeure du gérant, le centre de l'administration, le véritable domicile social;

« Qu'au contraire, dans l'arrondissement de Chaumont, la société n'avait ni maison de commerce, ni exploitation commerciale, mais seulement des ouvriers pour l'entretien de la route, et des préposés pour la perception des droits;

« Considérant que, dès le mois d'avril 1836, un grand nombre d'actions avaient été souscrites, et que Collin en avait touché le prix;

« Considérant que Collin n'a pu, postérieurement à la cession qu'il en avait faite à la société, transporter à Bertrand, de Boucheporn et Couvreux, les produits de ladite route, puisqu'ils n'étaient plus sa propriété; qu'ainsi Couvreux, tant en son nom que comme cessionnaire de Bertrand et de Boucheporn, ne peut réclamer contre la société l'exécution des actes des 10 septembre 1836, et 3 et 13 février 1837. »

Cet arrêt, qui n'a fait, après tout, que confirmer l'usage, donne à la loi son sens véritable.

L'art. 42 du code de commerce, en se servant de ces mots: *la maison du commerce social*, a désigné le siége de la société, c'est-à-dire le domicile de l'être collectif, l'établissement où les intérêts sociaux se centralisent, où, comme tout autre négociant, il exerce ses droits et répond aux actions dirigées contre lui.

On ne peut pas entendre, par *une maison de commerce*, le lieu où les travaux s'exploitent.

Il est sans doute important que des publications clandestines ne deviennent pas un moyen de fraude, et c'est pour ce motif que l'art. 42, étendant à toutes les maisons de commerce qui appartiennent à la société l'accomplissement des formalités de publicité, exige que là où il existe un centre d'affaires communes, les tiers soient avertis.

Mais le lieu où s'accomplit une opération matérielle peut-il être appelé de ce nom?

Sauf donc le cas de fraude, et lorsqu'il sera démontré que le choix du domicile social a eu pour but unique de tromper les tiers, la publication faite dans l'arrondissement où est établie la maison du commerce social, suffit à l'exécution de la loi.

530. Nous citerons un second exemple de la réserve qu'il faut apporter dans l'application de l'art. 42 du code de commerce. Aux termes du paragraphe 4, les tribunaux doivent chaque année désigner un ou plusieurs journaux, où seront insérés les extraits des sociétés en nom collectif ou en commandite. Faut-il, si deux journaux ont été désignés, que la publication soit faite dans chacun d'eux, à peine de nullité?

Non: il suffira, pour satisfaire à la disposition, qu'elle ait lieu dans un seul.

L'art. 42, en disant que chaque année les tribunaux de commerce désigneront un ou plusieurs journaux où devront être insérés les actes de société en nom collectif ou en commandite, n'a pas entendu imposer aux associés l'obligation de faire des publications dans tous les journaux désignés. Le but de la loi a été simplement d'empêcher que les associés ne donnassent au contrat qui les lie une publicité illusoire, en s'adressant à ces feuilles peu répandues, ou traitant de matières étrangères au commerce. L'insertion dans un des journaux désignés suffit donc, puisqu'il en

doit résulter la présomption d'une publicité sincère.

Il suffit aussi que l'exemplaire qui contient l'insertion soit signé, au nom de l'imprimeur, par son fondé de pouvoir (1).

531. Une vive controverse s'est engagée sur le caractère de la nullité prononcée par l'art. 42 du code de commerce. Est-ce une nullité absolue, que l'exécution du contrat ne couvre pas, et qui puisse être invoquée dans le cas même où les formalités prescrites ont été remplies, si leur observation n'a pas eu lieu dans le temps et de la manière fixés par la loi?

Sur le premier point, Delvincourt avait émis l'opinion que le seul but de l'art. 42 du code de commerce, était d'enlever aux associés le droit d'opposer le contrat aux tiers, quand les formalités de publication n'avaient pas été observées, mais qu'entre eux, il conservaient, nonobstant l'omission commise, tous les avantages de la convention (**Add.** Troplong, n° 240).

La cour supérieure de Bruxelles, adoptant cette doctrine, a décidé, par arrêt du 16 janvier 1830 (Dalloz, XXXIII, 2, 167), que l'exécution volontaire de la société couvre la nullité résultant de l'inexécution des formalités imposées par l'art. 42 :

« Considérant que, quoique l'on puisse dire que l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 42 du code de commerce, pour la formation d'une société commerciale en nom collectif, a été exigé par la loi, dans l'intérêt du commerce, il n'en est pas moins vrai que la peine de nullité, prononcée pour le défaut d'accomplissement de ces formalités, ne peut pas être considérée comme une nullité absolue, ayant pour objet l'ordre public, puisque ce même article porte, en même temps, que cette nullité ne peut être opposée aux tiers;

« Considérant qu'en supposant même, que cette nullité produise son effet dès le moment où le défaut de la formalité aurait eu lieu, de telle façon que toutes les obligations contractées entre les associés devraient être considérées comme annulées et non avenues, la quinzaine depuis la signature de l'acte de société commerciale est expirée, sans que ledit acte ou un extrait d'icelui ait été déposé, transcrit et affiché au greffe du tribunal de commerce, et qu'ainsi l'un des associés ne pourrait plus, après cette époque, forcer l'autre à procéder à l'exécution des conventions sociales, rien cependant ne peut empêcher les associés de se désister de commun accord de cette nullité, et de rendre toute la force à l'acte de société annulé, soit en le ratifiant formellement, soit en donnant volontairement une exécution libre aux obligations qu'il contient; laquelle exécution volontaire emporte, d'après l'article 1338 du code civil, une renonciation à tous les moyens et exceptions que l'on pourrait opposer à l'acte. » (**Add.** Troplong, n° 245.)

Cette solution, à laquelle l'équité applaudit, est en opposition directe avec le texte et l'esprit de la loi : c'est, en effet, une nullité radicale qu'elle a voulu créer, afin de punir la négligence des associés. Les paroles de Treilhard, que nous avons rappelées au commencement de cet article, ne laissent aucun doute à cet égard. Quelle que soit donc la position de l'associé, au moment où il veut rompre le contrat qui lui pèse; que les opérations ne soient point encore commencées, ou qu'au contraire elles durent depuis plusieurs années; qu'il ait versé sa mise, concouru de tous ses efforts à l'exploitation, il n'importe : son droit demeure entier. Il peut, si la convention n'a pas reçu la publicité légale, invoquer la nullité, et les tribunaux doivent la prononcer. C'est en laissant cette menace constamment suspendue sur la tête des parties contractantes, que le législateur a voulu, par le sentiment de la conservation, les réduire à l'exécution de ses volontés. On se résigne à l'obéissance, quand c'est le seul moyen d'éviter le danger (**Add.** Troplong, n°s 246 et suiv.).

La jurisprudence est fixée dans ce sens. Toutes les cours du royaume ont uniformément décidé (2) que la

---

(1) Nous croyons utile de citer un arrêt de la cour de Toulouse, du 22 avril 1837, qui s'est prononcé sur les questions qui précèdent.

« La cour, — attendu qu'en ordonnant que, dans la première quinzaine de janvier, les tribunaux désigneront, au chef-lieu de leur ressort, et, à défaut, dans la ville la plus voisine, un ou plusieurs journaux où devront être insérés, dans la quinzaine de leur date, les extraits d'actes de société en nom collectif ou en commandite, la loi du 31 mars 1833 n'a voulu qu'empêcher les associés de donner au contrat qui les lie une publicité illusoire, en faisant insérer les extraits dans les feuilles peu répandues, ou traitant habituellement de matières étrangères au commerce, et de prévenir le monopole dont l'une d'elles pourrait jouir, par la préférence dont elle serait l'objet; mais que la loi n'a pas entendu soumettre les sociétés commerciales aux frais d'une insertion dans tous les journaux qui pourraient être choisis; qu'il suffit, au contraire, que l'extrait de l'acte social soit inséré dans un d'eux, pour en porter la connaissance au public; qu'ainsi, en se bornant à faire insérer cet extrait dans le *Journal politique*, qui avait été désigné concurremment avec *la France méridionale*, les gérants de la Société des messageries générales du Midi ont satisfait à la loi;

« Attendu que la feuille qui le contient est signée par Meilhac, faisant pour Martegoute et compagnie, qui est la raison de commerce de l'imprimerie dont Lavergne a le brevet; que Meilhac étant présumé avoir les pouvoirs de celui pour lequel il certifiait, on doit considérer sa signature comme étant celle de l'imprimeur lui-même; qu'elle a été donnée avant l'expiration des trois mois, ainsi que la légalisation de M. le maire; qu'à cet égard donc, il serait régulièrement justifié de l'insertion;

« Mais attendu que l'exemplaire du journal représenté n'a point été enregistré dans les trois mois, ainsi que le prescrit le § 4 de l'article 42 du code de commerce, modifié par la loi du 31 mars; qu'en vain on prétendrait que cet enregistrement, inutile pour assurer la sincérité de l'insertion, garantie par le dépôt d'un exemplaire du journal au parquet du procureur du roi, inefficace pour constater que l'extrait a été publié dans la quinzaine de la date de l'acte, puisqu'il peut n'être fait que trois mois après, n'a été prescrit que dans l'intérêt du fisc; qu'il résulte, au contraire, de la discussion de la loi que les droits du trésor n'ont point été pris en considération, mais que le législateur était exclusivement préoccupé du besoin de donner une sincère publicité aux actes de société; ce qui explique que, ne la trouvant pas assurée par la signature de l'imprimeur, légalisée par le maire, ainsi que l'exige l'art. 683 du code de procédure civile, pour la saisie immobilière, il ait voulu avoir encore la garantie, excessive peut-être, de l'enregistrement dans les trois mois; que, d'ailleurs, le texte de la loi est impératif, et qu'il punit de nullité l'inobservation des formalités qu'il a prescrites; que si l'on objecte que ces mots ne s'appliquent qu'au mode de publicité, et nullement au moyen de la prouver, l'expression détruit elle-même cette prétention, puisque l'enregistrement est une formalité;

« Attendu que, quand il ne devrait être considéré que comme une justification, les tribunaux n'auraient pas le droit de substituer une autre preuve à celle que la loi commande; que, du moment que celle-ci n'est pas rapportée, qu'elle ne peut plus l'être, il faut tenir pour certain que l'insertion n'a pas été faite conformément à l'art. 42 du code de commerce; qu'ainsi la société doit être annulée; déclare la société nulle, etc. » (Dalloz, XXXVII, 2, 164; XXXIX, 1, 90.)

(2) Montpellier, 9 janvier 1816 (Dalloz a., XII, p. 110); cour de cassation, 2 juillet 1817 (Dalloz a., XII, 110); Nîmes, 9 décembre 1829 (Dalloz, XXX, 1, 87); Toulouse, 25 juillet 1834 (Dalloz, XXXV, 2, 78). Voy. aussi Bruxelles, 13 février 1832 (Dalloz, XXXIII, 3, 167).

nullité résultant de l'art. 42 était absolue; que l'exécution donnée par les associés au contrat ne pouvait être prise en considération, puisqu'elle ne faisait que constater la violation d'une disposition à laquelle l'intérêt général avait donné naissance; que les formalités de publication ayant été surtout exigées dans l'intérêt des tiers, auxquels il importait de connaître la position respective des associés, leur inaccomplissement viciait l'acte dans son principe.

Tous les auteurs se sont également rangés à cette doctrine. Il n'y a plus de dissentiment aujourd'hui : c'est un point constant que l'exécution la plus complète ne forme pas une exception contre l'action en nullité.

532. Par la même raison, si les parties, après avoir réglé par écrit les bases d'une société collective, en ont immédiatement commencé les opérations, remettant à une autre époque la rédaction définitive de l'acte, l'inaccomplissement de l'art. 42 autorise chacun des associés à demander la cessation des rapports qui se sont formés. La promesse de rédiger un acte ne peut pas être opposée comme fin de non-recevoir à la dissolution; ce n'est, en effet, qu'une partie de la convention dont le défaut de publicité entraîne la ruine. Comment une clause que les associés n'exécutent pas, mettrait-elle à l'abri de la nullité une société non conforme à la loi? comment surtout une simple promesse aurait-elle un effet que l'acte le plus complet n'obtiendrait pas, si l'art. 42 n'avait pas été observé? (Arrêt de Bourges, 2 juin 1821, Dalloz, t. XII, p. 110.)

533. Mais par cela même que le but de la loi a été d'attacher à l'inobservation de ses commandements un danger perpétuel, si le contrat a pris fin, la nullité ne peut plus être proposée. A quoi servirait-il de faire déclarer nulle une société dissoute? L'action en nullité tend à faire cesser les relations sociales; elles n'existent plus; la volonté des parties y a mis fin : ce serait admettre l'effet, quand la cause s'est évanouie. La dissolution qui résulte du consentement libre des associés est une reconnaissance de la société, reconnaissance dont aucun débat ultérieur ne peut détruire les conséquences.

La cour de Bordeaux l'a ainsi jugé, le 16 décembre 1829 (Dalloz, XXX, 2, 259), en infirmant une décision du tribunal de commerce qui, appelé à statuer sur la liquidation d'une société dissoute, s'était déclaré compétent pour y pourvoir, par le motif que, depuis la dissolution, l'un des associés avait excipé de la nullité, à défaut d'accomplissement des formalités imposées par la loi commerciale. L'arrêt, considérant que l'exécution de la société, et sa dissolution volontaire, entraînaient renonciation des parties à se prévaloir de la nullité, renvoie l'examen du litige relatif à la liquidation devant la juridiction arbitrale, seule compétente pour connaître des contestations nées de la société entre les associés.

534. La cour de cassation est allée plus loin.

Suivant acte sous seing privé, du 9 avril 1817, une société en nom collectif s'était formée entre les sieurs Fontenilliat et Manoury. La société avait des comptoirs à Cherbourg et à Rouen; un extrait de la convention fut transcrit et affiché aux tribunaux de commerce de Cherbourg et de Rouen; mais il ne fut pas, comme le prescrivait, à peine de nullité, le décret du 12 février 1814, inséré dans les affiches et journaux de commerce.

En 1823, des difficultés s'élèvent entre les associés. Manoury, décédé en 1820, avait été remplacé par les fils Fontenilliat, ses héritiers. On plaide devant un tribunal arbitral. Les fils Fontenilliat demandaient la dissolution du contrat. Fontenilliat père, après avoir produit des mémoires au fond, conclut à la continuation de la société sous certaines conditions, subsidiairement à la dissolution. Mais, le 16 avril 1824, il assigne ses coassociés devant le tribunal de commerce, en nullité de la société. La nullité était fondée sur l'une des stipulations du contrat.

Le 16 août, jugement qui rejette la demande et renvoie devant les arbitres déjà saisis. Le même jour, dans une signification extrajudiciaire, Fontenilliat père invoque la nullité résultant de l'inobservation du décret du 12 février 1814; et sur l'appel, il se borne à présenter ce moyen.

En lui-même, et en admettant la constitutionnalité du décret, ce moyen était décisif. Une formalité essentielle avait été omise; l'acte était nul. L'appel semblait donc parfaitement justifié. Mais, par arrêt du 10 septembre 1821, la cour de Rouen le repousse :

« Attendu que le défaut d'affiches par extrait de l'acte de société, aux termes de l'art. 42 du code de commerce ne présente point une nullité radicale ou substantielle, qui ne puisse se couvrir, à l'égard des associés, par les actes faits entre eux depuis l'existence de la société;

« Qu'en fait, la société établie par l'acte du 9 avril 1817 a reçu son exécution libre et volontaire, sans réclamation de la part d'aucun des associés pendant sept années consécutives; que dans l'instance existante entre les parties devant les arbitres, le sieur Fontenilliat père a fourni des mémoires et défenses au fond; que, notamment, à la séance du 21 décembre 1823, il a demandé la continuation de la société à certaines conditions, à défaut desquelles il s'est borné à en demander la dissolution;

« Qu'il avait d'abord été satisfait aux dispositions de l'art. 42 du code de commerce, tant à Rouen qu'à Cherbourg, dès les 8 et 9 décembre 1819, lorsque, le 10 avril 1824, le sieur Fontenilliat père a formé son action en nullité de l'acte de société, particulièrement de la clause de cession y contenue; le tout, sans dire un mot dans l'exploit, ni dans l'acte d'opposition par lui ultérieurement signifié, de la nullité de forme qu'il invoque aujourd'hui;

« Qu'il ne l'a pas même proposée devant le tribunal de première instance, les conclusions qu'il y a prises étant muettes à cet égard; que ce n'est que par une signification extrajudiciaire du 16 août dernier, jour du jugement dont est appel, qu'il a élevé cette question; d'où il suit que l'appelant a, par des faits et gestes multipliés, couvert la nullité résultant de l'art. 42 du code de commerce, et s'est rendu non recevable à la proposer. »

Pourvoi en cassation : Fontenilliat père invoque le décret de 1814, l'art. 42 du code de commerce, la jurisprudence de la cour de cassation elle-même, selon laquelle l'exécution du contrat de société ne couvre pas les vices de forme dont il est infecté.

Mais son pourvoi est rejeté par arrêt du 12 juillet 1825 :

« Attendu que l'arrêt déclare, en fait, que la société établie par l'acte du 9 avril 1817 a reçu son exécution pendant sept ans;

« Attendu, à cet égard, qu'il ne faut pas confondre la simple exécution d'un acte contre lequel une des parties n'aurait pas réclamé, avec l'exécution du même acte, accompagnée de reconnaissances et déclarations judiciaires;

« Qu'il est constant, par l'arrêt, que dans l'instance existante devant les arbitres, Fontenilliat a fourni, à plusieurs séances, des mémoires et des défenses au fond; que, notamment à celle du 21 décembre, il a demandé la continuation de la société à certaines con-

ditions, à défaut desquelles il s'est borné à en demander la dissolution, conformément à l'art. 19 ;

« Que demander la continuation d'une société, c'est reconnaître qu'elle a existé; et que, demander subsidiairement sa dissolution, c'est aussi reconnaître qu'elle ne pouvait cesser d'exister que de cette manière, et renoncer à faire annuler l'acte par des moyens de nullité;

« Attendu que, dans cet état de choses, l'arrêt a pu, sans violer aucune loi, déclarer Fontenilliat non recevable dans sa demande en nullité dudit acte. » (Dalloz, XXV, 1, 360.)

L'arrêt de la cour de Rouen et celui de la cour de cassation nous semblent mériter la critique, en ce qu'ils ont pour base une très-vicieuse application d'un principe certain. Les défenses au fond couvrent les nullités de forme, la chose est vraie; mais en quels cas? Lorsque ces nullités purement relatives sont instituées en faveur de la personne, et qu'il dépend de son libre arbitre de les invoquer ou de les omettre. Ainsi un exploit d'ajournement ne présente pas l'accomplissement de toutes les formalités nécessaires à sa validité; le demandeur peut le faire annuler; mais s'il conclut au fond, il renonce à la nullité. C'est pour protéger ses intérêts, qu'elle avait été établie; il peut, s'il lui convient, en abdiquer le bénéfice; et on induit avec raison de son silence que tel est son dessein. L'ordre public n'est en aucune façon intéressé dans la détermination qu'il a prise.

Mais quand la nullité résulte d'un vice de forme qui affecte la convention dans son essence; quand elle procède de l'omission d'une formalité que la loi a établie, non dans un intérêt privé, mais dans des vues d'intérêt général, qu'importe qu'avant de la proposer, l'une des parties ait cherché sa défense dans des moyens d'une autre sorte? Tant que le juge n'a pas prononcé, elle peut recourir à l'arme dont elle n'a pas encore fait usage : le droit de s'en servir ne cesse que lorsqu'il y a chose jugée. Quelle que soit, en effet, la force des moyens que le plaideur peut employer, s'ils restent incultes dans sa main, la chose jugée, mais la chose jugée seule, les paralyse et les détruit. Ainsi, une sentence arbitrale qui, appréciant certains moyens de nullité présentés par les parties, aurait ordonné la continuation du contrat, élèverait contre une demande puisée dans l'art. 42 du code de commerce une insurmontable exception. C'est au plaideur de produire à la fois tout ce qui peut assurer le succès de sa demande. Mais loin que, dans l'espèce, il y eût autorité de chose jugée, les arbitres saisis du litige n'avaient point encore statué, quand, abandonnant les errements de la procédure dans laquelle il était engagé, Fontenilliat père appela ses adversaires devant la juridiction consulaire pour en obtenir la nullité de la société.

L'arrêt de la cour de cassation exprime qu'il ne faut pas confondre la simple exécution d'un acte contre lequel une des parties n'aurait pas réclamé, avec l'exécution du même acte accompagné de reconnaissances et déclarations judiciaires! En thèse générale, il existe entre ces deux cas une grande différence; mais à quelle condition les reconnaissances et déclarations judiciaires forment-elles, au profit de la partie qui les peut invoquer, une fin de non-recevoir? A la condition que ces reconnaissances et déclarations soient directement et à tous égards incompatibles avec la nullité proposée; à la condition qu'elles la purgent virtuellement, et que, placées à côté de l'acte nul, elles lui rendent la force que la loi lui déniait.

Or, comment ce résultat serait-il possible, quand il s'agit d'une nullité d'ordre public? Comment les déclarations judiciaires suppléeraient-elles aux formalités de publication? Comment pourraient-elles remplacer non-seulement pour le présent, mais pour l'avenir, une condition substantielle du contrat de société? Est-ce que cette formalité n'intéresse que les associés? Est-ce qu'elle n'a pas été surtout instituée dans l'intérêt des tiers? Est-ce qu'enfin les déclarations judiciaires peuvent faire qu'une société non publiée existe légalement?

L'exécution donnée librement et volontairement à la société qui n'a pas été publiée ne couvre pas la nullité dont elle est atteinte; c'est chose reconnue. Un des associés aurait en outre écrit des lettres dans lesquelles il aurait, avec la plus grande énergie, confirmé le contrat; il ne vaudrait pas davantage : les intérêts en vue desquels les formes de publication ont été instituées n'admettent pas d'équivalent. C'est la loi qu'il faut accomplir; rien de plus, rien de moins. Et cependant quelle distinction sérieuse peut-on faire entre ce cas et l'espèce sur laquelle a statué l'arrêt du 12 juillet 1825? Est-ce qu'une exécution qui se prolonge pendant plusieurs années n'est pas une suite de reconnaissances de la société? Est-ce que ce n'est pas une ratification de tous les jours? Est-ce qu'on peut l'écarter, et cependant accorder à de simples déclarations, en quelque lieu et sous quelque forme qu'elles aient été faites, une influence plus décisive? Non, assurément; les paroles ne peuvent avoir plus d'autorité que les faits.

La nullité prononcée par l'article 42 du code de commerce, dans le cas où les formalités qui assurent la publicité des sociétés en nom collectif, ou en commandite, n'ont pas été remplies, est d'une nature particulière : elle intéresse les tiers, le commerce, l'ordre public; les associés ne la peuvent couvrir par l'exécution, parce qu'après comme avant les faits d'exécution, la société demeure ignorée, contre le vœu de la loi. Des déclarations qui laissent subsister le même inconvénient ne peuvent produire un autre effet (**Add.** Troplong, n° 242).

535. La cour de Toulouse a fait l'application de cette doctrine dans une espèce où la demande en nullité avait été précédée d'assignations et de procédures, dans lesquelles l'associé qui réclamait la cessation du contrat, en avait non-seulement reconnu l'existence, mais poursuivi l'exécution à diverses reprises, et de la manière la plus formelle.

Les motifs de l'arrêt sont :

« Qu'il résulte des documents du procès et des aveux des parties, que Salvayré prit avec les autres membres de la compagnie, relativement à la conduite de la voiture de Toulouse à Tarbes, des arrangements qu'il reconnaît avoir été une des conditions de son adhésion à l'acte social; qu'il a, plus tard, pour obtenir l'exécution de cet accord verbal, soutenu un procès avec la société, relativement aux croisières et à la distance des relais; que, comme inspecteur, il a vérifié les comptes et présenté des rapports à l'assemblée générale des actionnaires; qu'enfin, il a, dans divers exploits de citation notifiés, le 28 mai 18... et autres jours, aux divers associés, déclaré que les exigences des gérants, pour le dédoublement des services de Tarbes et pour le changement d'heures de départ, lui ayant porté un préjudice qu'il avait dû subir à cause de l'erreur qui l'avait induit à contracter l'acte social, il demandait que le tribunal considérât cet acte comme nul et non avenu; — Que la cour doit donc considérer si ces divers faits constituent des actes d'exécution qui rendent ledit Salvayré irrecevable à provoquer l'annulation de l'acte de société; que la négative ne saurait être douteuse, si la nullité dont il se prévaut est absolue; qu'ainsi il faut rechercher si les dispositions de la loi auxquelles il a été

contrevenu, ont été adoptées dans l'intérêt des parties contractantes, ou dans celui de l'ordre public;

« Que la publication des actes par lesquels divers individus se sont associés pour une entreprise commerciale ne leur est d'aucune utilité, puisqu'ils connaissent les conventions qu'ils ont contractées; qu'elle est prescrite, au contraire, pour le bien du commerce, à qui il importe essentiellement de savoir les conditions sous lesquelles l'association s'est formée, ses ressources, la nature des actions qui peuvent être poursuivies contre ceux qui en font partie; que ce n'est qu'après avoir été ainsi averti, qu'il peut traiter sûrement avec de pareilles sociétés, qui ne peuvent modifier aucune des conditions de leur existence, sans donner à ces changements la même publicité qu'a reçue l'acte qui les a constituées; que, sans doute, lorsque les publications n'ont pas eu lieu, ou quand elles sont incomplètes, c'est aux intéressés que la loi a donné la faculté de poursuivre la nullité qui résulte de sa violation; que cela se conçoit, parce qu'il était difficile d'organiser les moyens par lesquels les tiers auraient pu exercer cette action, de les provoquer à l'intenter; mais qu'alors que les associés n'ont pas intérêt à ce que l'acte qui les lie et qu'ils connaissent soit publié, ce droit ne leur est donné que dans un but d'utilité publique;

« Qu'il ne leur appartient donc pas de l'aliéner, puisque la garantie que la loi a voulu, par l'éventualité de leur intervention, conserver dans l'intérêt général, disparaîtrait, s'ils pouvaient, en exécutant l'acte, cesser d'être aptes à l'attaquer;

« Que l'exécution volontaire n'est qu'une confirmation tacite, qui ne peut produire d'effet qu'après l'époque à laquelle l'obligation pouvait être valablement confirmée ou ratifiée; que, dans le cas où la nullité résulte d'une prohibition, ou de la désobéissance à une prescription qui intéresse l'ordre public, en général, l'engagement qu'elle vicie n'est qu'un fait que la loi ne reconnaît pas, et qui ne peut jamais recevoir une confirmation qui le régularise, et lui fasse produire des conséquences légitimes; qu'ainsi, l'exécution donnée par Salvayré à l'acte social, quelle qu'en soit la nature, n'ayant pas pu faire que le commerce ait connu, dans les quinze jours de sa date, les clauses essentielles sous lesquelles la société a été formée, la nullité subsiste toujours;

« Que vouloir qu'il ne pût pas aujourd'hui la faire prononcer, ce serait vouloir maintenir l'article 42 du code de commerce dans sa lettre morte, puisqu'il dépendrait des associés de se soustraire à son application, en ne faisant pas les publications prescrites, ou en les faisant insignifiantes et incomplètes, s'ils étaient les maîtres de couvrir, soit par une exécution volontaire, soit par une confirmation expresse, les nullités de l'acte de société;

« Que ce serait autoriser la contravention la plus flagrante à la loi, qui a voulu procurer au public la connaissance des conditions des associations commerciales; que, pour assurer une sanction à la nullité sous laquelle l'article 42 du code de commerce prescrit la publicité des conventions qui constituent les sociétés, il faut donc déclarer que si l'exécution donnée par l'un des associés à l'acte qui l'a engagé envers les autres, le rend irrecevable à quereller les faits accomplis, il peut tous les jours encore l'arguer de nullité, s'il n'a pas été publié conformément à la loi; qu'ainsi, quand on supposerait que les actes de Salvayré constituent des reconnaissances judiciaires de l'existence de la société, il n'en faudrait pas moins dire qu'efficaces pour le passé, elles ne le lieraient point pour l'avenir (Dalloz, XXXVII, 2, 164). (**Add.** TROPLONG, n° 247.)

536. Nous arrivons à la seconde question dont nous nous sommes proposé l'examen, à savoir si, dans le cas même où les formalités prévues et définies par l'art. 42 du code de commerce ont été observées, mais non dans les délais fixés par le code, la nullité peut être proposée.

La cour de Lyon a jugé l'affirmative par arrêt du 24 juillet 1827. Dans le fait, une société, contractée le 4 août 1825, avait été publiée le 6 octobre suivant, et c'est après une exécution de près de deux années, qu'un des associés reclamait la nullité pour défaut de publication de la société dans la quinzaine de sa date.

Les motifs de l'arrêt sont ceux-ci :

« Que l'art. 42 du code de commerce prescrit impérieusement, sous peine de nullité, à l'égard des associés, la publication des actes de société en nom collectif et en commandite, dans la quinzaine de leur date;

« Que la peine de nullité, prononcée par cet article, se réfère non-seulement à l'omission des formalités constitutives de l'existence légale des actes de société dont il s'agit, mais encore au délai fixe de quinze jours, prescrit pour leur accomplissement;

« Que le code de commerce a voulu apporter un remède efficace aux abus qu'avait engendrés l'oubli des publications, sous l'ordonnance de 1673, et que c'est par ce motif, qu'ajoutant aux dispositions de l'ancienne loi, il a prescrit, à peine de nullité, à l'égard des associés, que toute société en nom collectif ou en commandite fût publiée dans la quinzaine de la date des conventions sociales;

« Que l'accomplissement des formalités a été commandé par des raisons d'ordre et d'intérêt public; qu'il importe réellement à la sûreté générale du commerce que, dès qu'elles se constituent, l'époque de leur naissance, le temps de leur durée, la désignation individuelle des associés gérants, la quotité des valeurs fournies ou à fournir soient publiquement signalées, afin que chacun puisse prendre du tout une pleine connaissance, et que des associés ne puissant, sous ces rapports essentiels, dénaturer ou modifier en rien le pacte social, au préjudice des tiers;

« Que la nullité prononcée par l'art. 42 du code de commerce dans l'intérêt exclusif des tiers, a tous les caractères d'une nullité d'ordre public; qu'il en résulte qu'elle ne peut être assimilée aux nullités ordinaires qui peuvent se trouver dans des conventions, ou des actes de procédure, et qui, se référant uniquement à l'intérêt individuel des contractants, ou des parties en cause, doivent être réputées couvertes, s'il y a eu, de la part des intéressés, renonciation expresse ou tacite au droit d'en exciper;

« Que cette nullité, prononcée par la loi dans l'intérêt général de tous, doit se trouver définitivement encourue par les associés, dès l'expiration du délai durant lequel ils devaient publier leur acte de société; que chacun ayant droit et qualité pour faire la publication dans le délai prescrit, tous doivent porter la peine de la faute qu'ils ont commise. »

Cette rigoureuse application de la loi est difficile à justifier. Que les associés soient fondés, tant que les formalités de publication n'ont pas été remplies, à provoquer la nullité de la société, et que l'exécution donnée au contrat ne puisse engendrer d'exception, c'est une conséquence nécessaire de l'art. 42 du code de commerce. Mais que la nullité soit prononcée quand, bien avant l'action, toutes les conditions de publicité ont été observées, après une exécution paisible et volontaire de deux ou trois années, et par cela seul que la transcription et l'affiche au tribunal de commerce n'auront pas eu lieu dans la quinzaine, ou que l'exemplaire du journal dans lequel l'insertion a

été faite, n'aura été enregistré que le quatrième ou le cinquième mois! la loi ne comporte point cette exagération.

Ce n'est pas capricieusement, en effet, que les formalités de publication ont été instituées. Le législateur a pris soin d'espliquer sa pensée : il a voulu *éclairer la confiance des négociants, en leur faisant connaître les membres de la société avec laquelle ils pourraient avoir à traiter, ainsi que les conditions, et la durée de leurs engagements* (discours de l'orateur du tribunat, séance du 10 septembre 1807).

Or, quand ce but est atteint, quand une publicité sincère a fait connaître aux tiers tout ce qu'il leur importait de savoir; que ce soit pendant, ou après les délais dont l'art. 42 a déterminé la durée, la loi n'est-elle pas satisfaite? Y a-t-il encore une faute à punir, un intérêt à protéger? La position des tiers comme celle des associés n'est-elle pas assurée désormais? (**Add.** Troplong, nos 247, 248.)

537. A la vérité, l'art. 42 impose l'obligation d'afficher au tribunal de commerce l'extrait des sociétés en nom collectif ou en commandite, dans la quinzaine de leur date, de le publier dans les journaux pendant le même délai; de justifier de l'insertion par un exemplaire du journal enregistré dans les trois mois, du jour où l'insertion a été faite, et la nullité est prononcée sans distinction entre toute espèce d'infraction. Mais en examinant avec soin les termes de la loi, il est facile de se convaincre qu'elle s'est plus occupée des formalités à remplir que du délai dans lequel il y fallait pourvoir. La fixation des délais a eu pour objet seulement de régler le moment à partir duquel l'action en nullité pourrait être exercée. L'ordonnance de 1673, en ne prenant pas cette précaution, avait ouvert un moyen facile d'éluder ses dispositions. La plus tardive publication pouvait paralyser les demandes en nullité. On n'est jamais légalement en retard, quand le point de départ n'est pas marqué.

Le but de la loi a été de prévenir cet inconvénient. Dès qu'il s'est écoulé quinze jours depuis la date de la société, si la publication n'a pas eu lieu, les associés sont en faute, et chacun d'eux est maître de rompre le contrat. Mais si dans l'origine ils gardent le silence, et qu'au moment où la plainte se fait entendre, toutes les négligences aient été réparées, la nullité n'existe plus. L'inobservation du délai n'était qu'une chose purement secondaire; elle n'empêche pas que le jour où le débat s'engage, il y ait une société régulière, au fond, comme en la forme, valable, inattaquable.

538. Les cours de Grenoble (21 juillet 1825) (Dalloz, XII, p. 111), de Montpellier, de Douai ont embrassé cette doctrine, et la cour de cassation l'a consacrée par deux arrêts des 12 juillet 1825 et 6 juin 1831.

« Attendu, porte le dernier de ces arrêts, que les formalités de transcription et d'affiche des actes de société, et de dissolution de société, ne sont prescrites que dans l'intérêt des associés;

« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué, que ces formalités ont été remplies avant que Charles-Louis Viénot eût fermé sa demande en nullité de l'acte de dissolution de société du 11 mars 1821, et des conventions qui en ont été la suite; qu'il est également constaté par l'arrêt attaqué, que le sieur Viénot a exécuté ces actes, et que la cour royale de Douai, en rejetant, d'après ces faits constatés, la demande de Viénot en nullité desdits actes, n'a pas violé les art. 42, 43, 44, et 46 du code de commerce. » (Dalloz, XXX, 1, 316.)

Il n'est pas besoin de faire remarquer que, bien qu'il s'agît d'un acte de dissolution, les raisons de décider étaient les mêmes. Les actes de dissolution sont expressément soumis aux formalités de l'art. 42; et l'art. 46 déclare, qu'en cas d'omission, il y a lieu à l'application des dispositions pénales dudit art. 42.

Toutefois, si nous approuvons la solution donnée par l'arrêt du 6 juin 1831, nous n'en admettons pas les motifs. Les formalités dont l'art. 42 du code de commerce prescrit l'observation, à peine de nullité, n'ont pas été instituées dans l'intérêt unique des associés. La discussion du conseil d'État, les discours des orateurs au corps législatif et au tribunat, prouvent avec évidence qu'on a songé surtout à l'intérêt des tiers. Et c'est précisément parce que la nullité définie par l'art. 42 du code de commerce n'est pas une nullité relative, que la cour de cassation ellemême a jugé qu'elle n'était point couverte par l'exécution du contrat. Le code a voulu ranimer les dispositions réclamées par le commerce en 1579, réclamées plus énergiquement encore en 1629, et que l'ordonnance de 1673 avait en vain proclamées.

En 1807, comme alors, l'intérêt public a été le motif essentiel de la loi. La rédaction de l'arrêt ne le justifie donc pas; mais ce qui le défend, c'est cette considération, que la fixation du délai n'ayant eu lieu que pour assurer un point de départ à l'exercice du droit accordé aux associés par l'art. 42, l'accomplissement des formalités, après la quinzaine, et tant que l'action en nullité n'est pas formée, est aussi efficace que si les parties y avaient pourvu dans le temps indiqué par la loi.

En somme donc, lorsque, au moment où la nullité est proposée, les formalités sont remplies, à quelque époque que leur accomplissement ait eu lieu, l'action doit être repoussée; mais dans le cas contraire, et quoiqu'il y ait eu, pendant longtemps, exécution volontaire du contrat, elle doit être admise (**Add.** Troplong, nos 247, 248).

539. Lorsque le code de commerce fut discuté au conseil d'État, deux opinions se manifestèrent sur les conséquences de la nullité prononcée par l'art. 42 du code de commerce. « On jugera, dit un membre, « comme s'il n'y avait pas eu de société, c'est-à-dire « qu'il n'y aura pour le passé, comme pour l'avenir, « ni solidarité active entre les associés, ni commu« nauté de gains et de pertes. » (Locré, *Esprit du code de commerce*, art. 42, p. 185).

Cambacérès et Cretet pensèrent, au contraire, qu'il serait nécessaire de régler les affaires qui auraient été faites en société.

La jurisprudence s'est, avec raison, conformée à cette dernière opinion.

Les cours de Bordeaux et d'Angers, de Paris, de Toulouse, de Montpellier, de Nîmes, et la cour de cassation ont uniformément décidé que la nullité ne frappait que l'avenir; que, pour le passé, il y avait une communauté d'intérêts qu'il fallait liquider comme si la nullité n'avait pas été prononcée (1).

Ainsi, pour tous les faits accomplis avant l'instance, la convention sociale s'exécute; la volonté qui a suffi pour la détruire ne peut pas faire qu'elle n'ait pas existé; que les parties ne l'aient pas considérée comme

(1) Bordeaux, 16 déc. 1829 (Dalloz, XXX, 2, 239), et 5 févr. 1841 (Dalloz, XLI, 2, 186); Angers, 17 févr. 1842 (Dalloz, XLII, 2, 98); Paris, 14 déc. 1825 (*Journal du Palais*, tome II de 1826, p. 191); Toulouse, 22 avril 1837 (Dalloz, XXXVII, 2, 165); Montpellier, 9 janvier 1816 (Dalloz a., t. XII, p. 110), et 10 janvier 1841 (Dalloz, XLI, 2, 140); Nîmes, 9 décembre 1829 (Dalloz, XXX, 2, 67); cour de cassation, 2 juillet 1817 (Dalloz a., t. XII, p. 110), et 13 juin 1832 (Dalloz, XXXII, 1, 251).

la loi des rapports qu'elles avaient formés; qu'elle n'ait pas été la condition sous la foi de laquelle des capitaux, des meubles, des immeubles ont été mis en commun pour être la matière des spéculations commerciales. La nullité ne rétroagit pas; son unique effet est de rendre à chacun sa liberté, avant le terme qui avait été désigné. Il serait également contraire au droit et à l'équité, que, pour un vice de forme, quelque grave qu'on le suppose, quand d'ailleurs les stipulations sont loyales, quand l'objet de la société est licite, et que le contrat est l'œuvre d'un consentement éclairé, l'un des associés fut autorisé à s'attribuer exclusivement le profit de l'exploitation commune, ou qu'il exigeât que le partage se fît sur d'autres bases que les bases convenues. La nullité n'a pas été établie pour favoriser la mauvaise foi, et la rupture de la convention, avant son terme, est déjà une assez grande peine infligée aux associés, sans qu'il faille l'aggraver en les livrant à des calculs de spoliation et de fraude.

Si donc il a été stipulé dans l'acte social que les bénéfices seraient inégalement partagés, ou que les pertes seraient supportées dans des proportions qui ne correspondent point à la mise, à moins que la stipulation ne blesse les règles que le code civil a tracées, elle doit être maintenue. Si des difficultés s'élèvent, elles doivent être soumises à la juridiction arbitrale, seule compétente pour juger les contestations entre associés. La société ne résulte pas de l'écrit, mais du consentement des parties : l'écrit n'en est que la preuve, et conséquemment lorsque le contrat est certain, il doit produire tous les effets qui lui sont propres (**Add.** Troplong, n° 249).

La cour de cassation l'a ainsi décidé, le 13 juin 1832 (Dalloz, XXXII, 1, 251; — *voy.* arrêt de Montpellier, 16 janvier 1841; Dalloz XLII, 2, 140; Bordeaux, 5 février 1841; Dalloz, XLI, 2, 185).

« Attendu qu'aux termes des art. 42 et 43 du code de commerce les sociétés en nom collectif ou en commandite dont les actes n'ont pas été publiés, sont nulles; mais que cette nullité ne peut rétroagir; que les actes n'en conservent pas moins leur nature d'actes de société, pour tous les faits accomplis au cours de la communauté d'intérêts, et avant la demande en nullité; d'où la conséquence, que, s'il s'élève des difficultés sur ces faits accomplis, la connaissance en appartient exclusivement à la juridiction arbitrale, par la seule force de l'art. 51 du code de commerce; qu'en le décidant ainsi, l'arrêt attaqué, bien loin d'avoir violé cette loi, en a fait une juste application. »

540. Mais quelle solution adopter dans le cas où, d'après la stipulation de l'acte déclaré nul, à défaut de publicité, les arbitres sont appelés à statuer, soit en dernier ressort, soit comme amiables compositeurs? Ce pouvoir leur doit-il être conservé? ou faut-il, au contraire, décider que leur compétence résultant, non de l'acte qui n'existe plus, mais de la communauté d'intérêts qui s'est prolongée plus ou moins longtemps, les pouvoirs doivent être réglés, comme s'il n'y avait pas eu de clause compromissoire?

Le principe que nous avons posé résout la question. L'acte régit le passé; tous les faits accomplis tombent sous son empire; mais son autorité ne s'étend pas au delà. Si l'équité ne permet pas que la nullité rétroagisse, les principes s'opposent à ce que, pour les faits qui ne sont point encore nés, un acte que la loi condamne, et que les tribunaux ont détruit, enchaîne les parties. Or, c'est après la nullité prononcée, que la liquidation commence, et que peuvent s'engager des contestations. L'acte social est donc, par la force des choses, sans influence sur la constitution et les pouvoirs des arbitres, chargés de régler la liquidation. Décider autrement, ce serait reconnaître que cet acte survit à la nullité déclarée par la justice, qu'il asservit à ses dispositions les faits à venir, comme les faits consommés; que, sauf la durée du contrat, enfin, rien n'est changé dans la position respective des associés. La nullité a plus de portée; dès le moment où elle est déclarée, la loi remplace la convention : la loi seule peut régir les faits nouveaux qui se produisent.

541. La cour de Rennes ayant jugé le contraire, l'arrêt a été cassé, le 25 juin 1841 :

« Attendu que l'acte de société en nom collectif, passé sous signature privée à Nantes, le 1er janvier 1825, entre Guillet de Labrosse et Foucault, n'a été ni transcrit, ni affiché, ainsi que le prescrit l'article 42 du code de commerce, et qu'aux termes de cet article, ces formalités doivent être observées, à peine de nullité, à l'égard des intéressés, expression évidemment applicable aux associés eux-mêmes;

« Attendu que, si on peut dire qu'une société commerciale existante est, par la nécessité des choses, un fait accompli, dont les conséquences doivent être, en vertu de la disposition générale de l'article 51, jugées par des arbitres, il est de droit que le jugement arbitral soit sujet à l'appel, si la renonciation n'a pas été stipulée;

« Attendu qu'à la vérité l'acte souscrit entre les parties porte que les différends qui pourront survenir concernant les affaires de leur société seront jugés par des arbitres, sans appel; mais, qu'à moins de rendre illusoire et vaine la lettre expresse de la loi, on ne saurait attribuer à un acte frappé de nullité le pouvoir de créer une juridiction sans appel, dérogatoire au droit commun des deux degrés; d'où il suit que l'arrêt attaqué, en rendant efficace la stipulation du traité, et en renvoyant les parties devant des arbitres pour être jugées en dernier ressort, a expressément violé l'article 42, et faussement appliqué les articles 51 et 52 du code de commerce. » (Dalloz, XLI, 1, 275.)

La cour d'Angers, à laquelle avait été renvoyée la connaissance du litige, a, par un arrêt d'audience solennelle, du 17 février 1842 (Dalloz, XLII, 2, 98), consacré le système de la cour de cassation.

Ces décisions sont importantes par la question qu'elles résolvent, et parce qu'elles établissent nettement la ligne de démarcation entre le passé qui appartient à l'acte annulé, et les faits postérieurs dont la loi s'empare pour les régler.

542. Le même principe sert à résoudre une question qui a été diversement appréciée par les cours : la question de savoir si la clause pénale stipulée dans l'acte, pour le cas où l'une des parties n'exécuterait pas, jusqu'au terme, la société, est applicable à l'associé, sur la provocation duquel la nullité a été prononcée.

La cour de Lyon (arrêt du 27 février 1828; Dalloz, XXVIII, 2, 228) a jugé la stipulation efficace, par cet unique motif qu'elle était insérée dans un acte signé par les parties.

La cour de Paris, au contraire, en a refusé l'application :

« Attendu que la nullité du contrat était constante en droit; que la clause pénale ou dédit, lorsqu'elle est l'accessoire d'une obligation nulle, est nulle elle-même; que le seul fait de l'exercice d'un droit ne peut donner lieu à des dommages-intérêts (23 décembre 1831; Dalloz, XXXI, 2, 249).

Dalloz indique comme ayant consacré la même théorie que l'arrêt de Lyon, un arrêt de Nîmes, du 9 décembre 1829 (Dalloz, XXX, 2, 67); mais en interrogeant soigneusement les faits, il est facile de reconnaître qu'il n'en est rien. Dans l'espèce qu'a jugée la cour de Nîmes, l'acte déclaré nul à défaut de

publicité, ne contenait pas de clause pénale; l'objet mis en société était une pharmacie vendue par l'un des associés à l'autre, et dont le prix avait été d'autant plus modéré, que le vendeur espérait tirer de la société plus d'avantages. Privé de cette chance par la nullité de l'acte, celui-ci demandait une compensation, et c'est cette compensation que l'arrêt lui accorde, par cette considération décisive que l'acquéreur ne pouvait tirer de la nullité dont il était complice, le droit de payer au-dessous de sa valeur l'officine qu'il avait achetée. Entre cette question et celle que nous examinons, il n'y a rien de commun.

Des deux solutions que nous avons rappelées, la plus conforme aux principes nous semble celle de la cour de Paris; d'abord, parce que la stipulation pénale, si elle a pour but de contraindre chacun des contractants à rester dans les liens d'une société nulle, affecte exclusivement l'avenir; ensuite parce que la nullité, qui résulte de l'inaccomplissement des formalités de publication, étant, comme l'ont proclamé les arrêts, absolue, d'ordre public, aucun associé ne peut tirer profit d'un fait dont il est auteur ou complice.

D'autre part, l'article 1382 du code civil ne permet de réclamer des dommages-intérêts qu'autant que le fait d'où naît le préjudice est le résultat d'une faute; l'exercice d'un droit, quelque dommageable qu'il soit à autrui, ne peut autoriser une action en indemnité. Or, c'est un droit incontestable pour chaque associé, de poursuivre la nullité des actes de société qui n'ont pas reçu la publicité légale. Ils n'en peuvent donc expier l'exercice par une amende.

La clause pénale dégénérerait en assurance au profit des gens qui violent les lois, si elle embrassait les cas où la rupture de la convention est motivée par l'inobservation des formalités imposées à peine de nullité.

543. Si les associés entre eux ne peuvent se contraindre à l'exécution de la société qui n'a pas été publiée, à plus forte raison ne la peuvent-ils opposer aux tiers. La société qui n'a pas été régulièrement constituée, est, à l'égard des tiers, comme non avenue; ils peuvent exercer leurs actions aussi pleinement que si elle n'avait jamais existé. Ainsi, quand le contrat est légalement formé, les créanciers personnels d'un associé ne peuvent pas saisir les objets de la société. Le patrimoine social, entièrement distinct du patrimoine des associés individuellement, est le gage exclusif des créanciers sociaux. Quand, au contraire, la société est nulle, quelle que soit l'origine des choses qui sont en la possession de l'associé, son créancier personnel peut s'en emparer et les vendre pour s'en attribuer le prix à concurrence de sa créance.

Il n'y aurait plus de sécurité dans les relations commerciales, si l'invocation inopinée d'une convention occulte suffisait pour paralyser l'action légitime des tiers contre leurs débiteurs. Ce serait ouvrir une large porte à la fraude. Mais en supposant même le fait de l'association constant, comment les associés se plaindraient-ils du préjudice qui leur est infligé? Est-ce qu'il ne résulte pas exclusivement d'une faute qui leur est imputable? Est-ce qu'il ne provient pas d'une violation calculée de la loi? Rien n'est plus notoire que la nécessité de publier les actes de société en nom collectif ou en commandite : c'est une obligation que personne n'ignore. Celui qui ne l'accomplit pas est donc justement suspect de méditer la fraude; il n'a pas le droit de se plaindre quand le piége qu'il a tendu se referme sur sa main.

La cour de cassation a jugé, le 23 mars 1825 (*Journal du Palais*, t. III de 1825, p. 328), que lorsqu'une société n'avait point été rendue publique, les associés ne pouvaient, après le partage des immeubles, invoquer l'application des art. 883 et 1872 du code civil :

« Attendu que la condition sous laquelle des asso-
« ciés peuvent invoquer en leur faveur les art. 883
« et 1872 du code civil, est la publicité donnée à
« leur société par les moyens indiqués par la loi;
« condition qui n'a pas été remplie dans l'espèce;
« qu'ainsi, en démettant Scheg de sa demande en ra-
« diation et annulation de l'inscription prise par Mo-
« rié sur l'usine licitée, l'arrêt attaqué fait une juste
« application des lois de la matière. »

544. Vainement, d'ailleurs, les associés allégueraient-ils que le tiers auquel ils disputent le fonds social avait une connaissance personnelle de la société. Le fait authentiquement prouvé serait sans influence sur le droit qu'il exerce. Toutes les fois que la validité d'un acte est subordonnée à des formalités particulières, rien ne les peut suppléer : l'acte ne peut tirer de circonstances extérieures la force que lui dénie la loi, s'il n'est pas conforme à ses prescriptions. Ainsi, la donation entre-vifs ne saisit irrévocablement le donataire d'un immeuble, que lorsqu'elle a été transcrite : tant que cette condition n'est pas accomplie, le donateur est encore, à l'égard des tiers, investi de la propriété; il la peut vendre, hypothéquer, échanger, et les droits qu'il confère ne sont pas diminués par la connaissance que la partie avec laquelle il a traité peut avoir de la donation antérieure. Il suffit, pour la consolidation de ces droits, que la convention soit sérieuse. Il en est de même de l'hypothèque. La connaissance de l'acte authentique qui la confère, n'empêche pas que, si l'inscription n'a pas été requise, ou est viciée par des nullités, on acquière par un contrat postérieur un rang préférable.

La même règle s'applique aux sociétés commerciales. L'être moral n'existe qu'autant qu'un acte de naissance régulier a été dressé : où cette condition manque, il n'y a que des rapports sans légalité, sans nom, sans effet.

La cour de Paris a sagement appliqué ce principe en jugeant, le 4 mars 1840, que la femme d'un des associés avait pu valablement saisir sur son mari des objets dépendants d'une société non publiée.

L'arrêt est fondé sur ces motifs :

« Que les formalités prescrites par le code de commerce pour la publication des actes de société en nom collectif, n'ayant point été accomplies, l'association doit être considérée comme n'existant pas à l'égard des tiers intéressés;

« Que la femme, exerçant contre son mari des droits à elle personnels résultant de son contrat de mariage, est un tiers à l'égard de celui-ci; qu'elle peut en cette qualité invoquer la nullité de l'association dont il s'agit, sans qu'il soit possible de lui opposer la connaissance qu'elle aurait eue de ladite société. » (Dalloz, XL, 2, 143.)

545. On comprend d'ailleurs que ce serait pousser les choses à l'excès, que de permettre au tiers qui aurait contracté avec une société non publiée, de se soustraire à ses engagements, par la raison que l'inobservation de l'article 42 du code de commerce entraîne la nullité de cette société. Un débiteur ne peut trouver sa libération dans une omission qui ne lui cause aucun préjudice. Quelle que soit la position de la société, quand le tiers a traité avec elle, qu'elle ait ou non reçu la publicité que la loi réclame, il l'a connue, il a voulu s'obliger, et s'est obligé envers elle; il doit accomplir son obligation. Faut-il répéter que la société résulte non de l'écrit, mais de la convention des parties, et qu'il n'appartient pas au tiers qui en a

reconnu l'existence, au moment où il contractait, de la nier quand il faut exécuter le contrat?

Le seul droit que le défaut de publicité confère aux tiers, selon la remarque judicieuse de Pardessus, le voici : dans le cas où le titre qu'il a souscrit ne confère point à ses créanciers une action solidaire, il peut exiger, quand il paye, la présence et la signature de tous, ou qu'au moins l'associé qui se présente comme gérant, ait un mandat spécial pour recevoir.

546. Aux termes de l'article 42 du code de commerce, l'inobservation des formalités prescrites à peine de nullité ne peut être opposée aux tiers par les associés.

L'ordonnance de 1673 avait une disposition contraire; elle prononçait, à défaut de publication, *la nullité de tous actes et contrats passés tant entre les associés qu'avec leurs créanciers et ayants cause.* C'était punir les tiers qui s'en étaient rapportés à l'apparence, toujours si grave en matière commerciale, d'une faute qui ne leur était point imputable; c'était, chose plus fâcheuse peut-être, inviter les associés à violer la loi par l'appât du profit qu'ils en pourraient retirer.

La loi nouvelle a été plus sage; elle réserve la peine aux associés qui, méprisant les prescriptions de la loi, n'ont pas soigneusement observé les formalités dont l'ensemble assure la notoriété des sociétés en nom collectif ou en commandite. L'action des tiers s'exerce avec autant de plénitude que si tout s'était fait avec une entière régularité. Ils peuvent attaquer la société dans la personne du gérant, saisir le fonds social, exécuter contre chacun des associés les condamnations obtenues, exercer la solidarité, la contrainte par corps, faire en un mot tout ce qui serait permis contre une société légalement constituée.

547. Tant que le débat se concentre entre la société et ses créanciers, il n'y a pas de difficulté possible. Mais si des créanciers se présentent, ayant les associés individuellement pour obligés, quelle sera la solution? Les créanciers sociaux seront-ils fondés à réclamer que le fonds social demeure séparé du patrimoine particulier de chacun des associés, et spécialement affecté aux dettes sociales? Les créanciers personnels ne seront ils pas recevables au contraire à invoquer l'article 1528 du code civil, et à repousser la préférence réclamée par les créanciers sociaux, sur le motif qu'une société nulle ne peut pas leur être opposée.

Cette question est importante et grave, car elle met en présence des intérêts également respectables, des principes également certains; elle mérite un sérieux examen.

Pour les créanciers sociaux, on invoque le principe consacré par l'article 42 du code de commerce, que le défaut de formalités ne leur est point opposable, c'est-à-dire qu'à leur égard, les choses doivent être appréciées et jugées, comme si la société était légalement constituée; or, dans toute société légalement constituée, le capital social appartient exclusivement aux créanciers sociaux; c'est la propriété de l'être moral obligé envers eux. Tant qu'ils ne sont pas satisfaits, les créanciers personnels des associés n'y peuvent rien prétendre.

Que dans les cas où l'existence de la société n'est pas certaine, quand elle est alléguée plutôt que prouvée, les tribunaux refusent aux créanciers sociaux, ou se disant tels, un droit dont le principe n'est pas justifié, c'est une chose parfaitement juste. L'exercice du droit est soumise à l'évidence du fait. Mais quand, au vu et su de tous, la société a fonctionné pendant un certain temps; quand elle a eu ses magasins, sa comptabilité, ses commis, qu'elle a publiquement acheté, vendu, signé des effets de commerce, et qu'ainsi la publication de l'acte est suppléée par une succession de faits dont la conséquence n'est pas douteuse, quelle raison y aurait-il de refuser aux créanciers sociaux une action privilégiée sur le patrimoine social?

La disposition de l'article 42 du code de commerce a été dictée par cette considération que la foi publique ne pouvait point être trompée, et qu'on ne pouvait enlever aux tiers qui s'étaient confiés en l'apparence, les garanties qu'ils avaient espérées. Or, admettre que si le défaut de publicité ne peut être opposé par les associés, il le peut être par leurs créanciers personnels, c'est retirer d'une main ce qu'en a donné de l'autre; c'est, contre le texte même de l'article 42, faire prévaloir la forme sur le fond, l'écrit et les formalités de publication sur le contrat dont ils ne sont que l'accessoire.

Une jurisprudence, qui ne trouve plus aujourd'hui de contradicteurs, a décidé qu'entre les associés eux-mêmes, la nullité n'affectait que l'avenir; que la convention sociale régissait le passé; que chaque associé devait exercer tous les droits dont il y trouvait le germe, subir toutes les obligations qui s'y trouvaient écrites. Personne ne conteste qu'il y ait, dans les sociétés annulées, un fonds social partageable, d'après le mode et suivant les conditions établis pour les sociétés régulières. Comment donc faire aux créanciers innocents de toute faute, une condition pire que celle des associés coupables d'infraction à la loi? Comment constituer, pour ces derniers, un fonds social, quand, dans l'intérêt des premiers, intérêt plus impérieux assurément, il n'en existerait pas?

En matière commerciale, il n'est pas besoin d'actes pour conférer des droits. Il suffit de la convention, de quelque manière qu'elle soit prouvée, par une facture, une lettre, par des présomptions, ou par des témoins. Et quand un acte de société, non-seulement aura été rédigé, mais publié, si une formalité quelconque a été négligée, les créanciers sociaux seront déchus de la position que la loi leur a faite! Non, dès qu'il y a société, il y a un être moral, un fonds social, dont la destination ne peut être changée : les créanciers sociaux doivent être payés avant tout; et ce n'est qu'autant que l'actif excède le passif social, que les associés individuellement, ou leurs ayants cause en peuvent recueillir une partie.

Ces raisons ne manquent pas de force, et on ne peut nier que l'équité ne leur prête une grande puissance. Mais suffisent-elles à justifier la prétention des créanciers qui les allèguent? Il est permis d'en douter.

Si l'on s'arrête au texte de la loi, il est manifeste que l'article 42 du code de commerce ne règle pas les droits des créanciers dont la situation est différente; il ne dispose qu'entre les associés eux-mêmes, et les tiers.

« Les formalités, y est-il dit, seront observées, à « peine de nullité, à l'égard des intéressés; mais le « défaut d'aucune d'elles *ne pourra être opposé à des « tiers par les associés.* » C'est aux associés seuls, en expiation de la faute qu'ils ont commise, et pour prévenir des calculs frauduleux, que la faculté de se prévaloir du défaut de formalités est interdite. Si donc le débat s'engage entre les tiers, les uns créanciers de la société non publiée, les autres créanciers des associés personnellement, c'est dans les principes du droit civil, ou de la loi commerciale, qu'il faut puiser la solution. L'article 42 ne décide rien.

Trois cas peuvent se présenter : ou il n'a pas été rédigé d'acte de société; ou l'acte n'a été ni enregistré, ni publié; ou la publication n'a pas été régulièrement

faite. Dans les deux premiers cas, la convention n'a pas de date certaine; l'article 1328 du code civil ne permet pas qu'on en excipe; dans le troisième, la nullité de la publication réagit sur la convention même, la société n'est point opposable aux tiers; les créanciers dont elle diminuerait les droits sont fondés à la méconnaître.

Des créanciers personnels aux associés agissant en nom collectif, ces principes ne sont pas contestables; nous l'avons prouvé ci-dessus. Les associés seraient forcés d'en subir l'application, quelque dommageable qu'elle fût. La circonstance que des créanciers sociaux existent et réclament, y peut-elle apporter une modification?

Le principe qui fait de la société un être moral, distinct des associés individuellement, et propriétaire du fonds social, est une fiction légale, fiction grave, car elle a pour résultat de créer une personne civile, et de soustraire à l'action des créanciers les biens de leur débiteur. C'est un privilége véritable. Or, les fictions légales, comme les priviléges ne s'étendent point au delà des termes de la loi. Si les conditions auxquelles leur existence est subordonnée, n'ont pas été littéralement accomplies, il n'en existe pas. Les exceptions sont de droit étroit.

Il se présentera sans doute des cas, où la cause des créanciers sociaux sera particulièrement favorable; il semblera dur, par exemple, de les priver de garanties qu'ils espéraient, parce que les formalités de publication n'auront pas été scrupuleusement remplies. Mais la question n'est pas là : ce n'est pas l'équité qu'on doit consulter; la loi seule doit prononcer et la loi n'admet pas de tempérament. Elle dénie expressément aux contrats irrégulièrement formés les priviléges de la société.

On ne peut d'ailleurs méconnaître que si les créanciers sociaux sont exposés à perdre, ils ne peuvent l'imputer qu'à leur propre faute. Personne n'ignore que les sociétés commerciales en nom collectif et en commandite, doivent, à peine de nullité, être affichées et publiées dans les journaux. C'est la condition de leur vie; c'est donc aux tiers qui veulent traiter avec une société de s'assurer si elle a satisfait aux commandements de la loi. Celui qui ne prend pas cette précaution ne peut guère se plaindre d'avoir été trompé. Il est coupable de négligence ou d'imprudence; le danger qu'il court est son œuvre.

On invoque en faveur des créanciers sociaux la jurisprudence qui soumet les associés, quand le contrat est annulé, à l'exécuter pour le passé, et la règle fondamentale dans les matières de commerce, que toutes conventions se prouvent indifféremment par écrit, par témoins, même par de simples présomptions. Mais, 1° à l'égard des tiers, une société non publiée n'a pas plus de passé que d'avenir. La nullité serait illusoire, si, quand il y a eu violation flagrante d'une loi d'ordre public, la société produisait contre eux, pour le passé, tous ses effets. Que gagneraient-ils à la repousser, si le système contraire prévalait? Ce n'est pas l'avenir qui leur importe, mais le passé; car c'est contre les dispositions du fonds social qu'ils ont besoin de protection; l'invocation de la nullité n'a pas ot ne peut pas avoir d'autre objet. A moins donc de supposer que la loi a conféré aux tiers une faculté stérile, il faut bien attacher à son exercice le seul avantage dont elle soit susceptible.

2° En matière de société, la loi spéciale a fait une dérogation à la règle, que toute convention, quand elle est prouvée, peu importe comment, ou par l'écrit, ou par les faits, reçoit sa pleine exécution. Les créanciers d'une société non publiée peuvent sans doute, si on la dénie, en faire la preuve par témoins; mais la preuve n'a d'effet qu'envers les associés. Elle établit vis-à-vis d'eux la communauté d'intérêts, et les soumet à toutes les conséquences de la convention de société; mais vis-à-vis des tiers, elle n'établit rien. Une personne civile n'existe point sans acte régulier qui la crée; elle procède du droit, non du fait, et aucune preuve ne peut remplacer la preuve légale. Or, la preuve légale, c'est un acte authentique ou sous seing privé transcrit, affiché, publié. Où cette condition manque, il n'y a pas de société, quant aux tiers, et la mise sociale, lorsque les formalités nécessaires pour en transférer la propriété à l'être collectif n'ont pas été remplies, reste dans le patrimoine du débiteur. Chaque créancier peut la saisir, et la réalisation opérée, le produit appartient à tous indistinctement, et par contribution. Ni la forme des titres, ni la destination de la chose saisie, ne peuvent attribuer de préférence aux créanciers de la société (**Add.** Troplong, n° 251).

548. La jurisprudence est conforme à cette théorie.

Le 28 décembre 1816, une société en nom collectif se forme à Montpellier, entre un sieur Châtelet qui, depuis quarante ans, y faisait le commerce de cuivre, et un sieur Grellet. Un acte sous seing privé avait été rédigé pour constater la convention; mais il ne fut ni enregistré ni publié.

La société devait durer dix années; mais dans la courant de 1818, Châtelet est déclaré en faillite sur la provocation de ses créanciers personnels. Les scellés apposés sur les marchandises de la société, les créanciers sociaux interviennent, s'opposant à ce qu'elles soient comprises dans l'actif de Châtelet. Ils demandaient que leur produit fût consacré de préférence au payement des dettes sociales.

Les créanciers personnels invoquent le défaut de publicité.

24 mars 1819, arrêt de la cour de Montpellier, qui donne gain de cause à ceux-ci, par ces motifs de droit :

1° Que l'acte de société, rédigé sous seing privé, n'ayant été enregistré qu'après la faillite de Châtelet, ne pouvait être valablement opposé à ses créanciers personnels, agissant comme tiers;

2° Qu'aux termes de l'art. 42 du code de commerce, qui veut que les sociétés commerciales soient rendues publiques, à peine de nullité, à l'égard des intéressés, l'acte de société était nul à l'égard des créanciers personnels de Châtelet, tiers intéressés à la contester.

L'arrêt avait, en outre, tiré des faits la conséquence, que les créanciers qui avaient traité avec Châtelet personnellement, avaient eu juste raison de considérer tout ce qui lui appartenait comme le gage de leurs créances.

Pourvoi; 13 février 1821, arrêt de rejet :

« Attendu qu'il est reconnu, en fait, par l'arrêt attaqué que, depuis quarante ans, Châtelet faisait le même commerce qu'à l'époque de sa faillite; qu'il avait les mêmes marchandises, les mêmes usines; que les créanciers avaient traité avec lui sous la foi de la confiance et du crédit attachés à cette existence commerciale, et qu'en jugeant qu'une partie de ces mêmes créanciers n'avaient pu être déçus de leurs droits sur la presque totalité de l'actif de ce débiteur failli, au profit d'une autre classe de créanciers, sous le prétexte d'une société portée sur un acte sous seing privé, non enregistré avant l'ouverture de la faillite, et demeuré inconnu jusqu'alors, la cour royale de Montpellier n'a violé aucune loi (Dalloz, a., t. XII, p. 112).

Le 15 avril 1839, la cour de Rouen a consacré le

même système. Il s'agissait d'une femme exerçant sur l'actif de la société dont son mari était membre, la reprise de ses droits, et à laquelle on opposait comme fin de non-recevoir, la connaissance qu'elle aurait eue personnellement de l'association.

L'arrêt rejette la prétention des créanciers sociaux :

« Attendu que la prétendue société articulée avoir existé entre Leblanc et Frosnel, n'a pas reçu la publicité exigée par la loi ;

« Que les tiers peuvent se prévaloir de l'absence de cette formalité essentielle ;

« Que la dame Leblanc, créancière de son mari, ne peut être repoussée par les créanciers de la prétendue société et être primée par ces mêmes créanciers, relativement à ses droits antérieurs à la prétendue association non formulée légalement ;

« Que le mode de publicité exigé par la loi est le seul qui puisse valablement avertir les tiers ;

« Qu'il ne suffit pas qu'en dehors de ce mode les tiers aient eu connaissance de l'existence de l'association. » (Dalloz, XXXIX, 2, 178).

Dalloz cite comme ayant jugé dans le même sens deux arrêts de la cour d'Angers, l'un du 11 août 1838, (Dallos, XXXIX, 2, 47), l'autre du 28 janvier 1841 (Dalloz, XLI, 2, 72).

Mais il résulte d'un examen attentif que ce sont des arrêts d'espèce. La cour se décide, dans les deux cas, par ce motif péremptoire que les sociétés alléguées n'étaient pas même prouvées en fait. Elle déclare, en outre, dans l'arrêt du 28 janvier 1841, que l'invocation de la société est le résultat d'une fraude concertée entre les prétendus associés, et les créanciers qui se présentaient comme créanciers sociaux (1).

549. Cette jurisprudence est rigoureuse, mais nécessaire; toute salutaire qu'elle est pourtant, il faut la renfermer dans de justes bornes. Elle a pour but de protéger des intérêts sérieux, et non d'encourager des tracasseries; or, tel serait assurément le résultat qui se produirait, si même après la dissolution de la société, un créancier, dont les droits n'étaient pas nés alors, pouvait proposer et faire prononcer la nullité d'une convention qui n'existe plus en réalité, afin de ravir aux anciens associés les résultats de la liquidation.

Aussi la cour de Rouen et la cour de cassation ont-elles repoussé cette prétention.

L'arrêt de la cour de Rouen est fondé sur les motifs suivants :

« Que le 27 août 1809 une société avait été formée entre la dame veuve Gueroult, les sieurs Gueroult fils, Sollier et Coutan ;

« Que si l'existence de cette société n'était pas légale, les formalités requises n'ayant pas été remplies pour la validité de l'acte de société, néanmoins il était constant que de fait elle avait existé; que les sociétaires, loin d'en demander la nullité, s'y étaient conformés, et que la dissolution avait été prononcée par décision arbitrale du 28 janvier 1817, antérieurement à la reconnaissance et à la constatation du droit de Brodard. »

Sur le pourvoi, arrêt du 16 décembre 1823, qui rejette :

« Attendu que la créance de Brodard contre Gueroult n'ayant obtenu date certaine, que par la décision arbitrale du 12 juin 1817, et Brodard n'ayant pris d'inscription hypothécaire contre son débiteur, que le 21 février 1818, il n'avait pas un intérêt né lors de la formation de la société en 1809, et de sa dissolution par le jugement arbitral du 28 janvier 1817, pour attaquer ces actes comme n'ayant pas reçu la publicité, par affiches, qu'exigent les art. 42, 43 et 46 du code de commerce ;

« Attendu que cette seule considération suffit pour écarter la demande de Brodard, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres motifs de l'arrêt, et les moyens qui s'y rattachent. » (Dalloz, a., t. XII, p. 113.)

On ne peut qu'applaudir à cette solution. Ne serait-ce pas, en effet, pousser trop loin le désir de venger la loi, que d'en considérer les infractions comme survivant aux contrats mêmes, et d'attribuer, par une sorte de rétroactivité sans limite, le droit de réclamation à des créanciers qui n'ont pu ressentir, des nullités invoquées après coup, aucune espèce de préjudice. Le légitime intérêt du commerce exige qu'on tienne compte des faits accomplis.

550. Au reste, et alors même qu'en principe, et malgré la sanction qu'elle a reçue de la cour de cassation, on n'adopterait pas la théorie que nous exposons, il est hors de doute qu'une société non publiée ne pourrait en rien modifier les droits hypothécaires acquis ou conférés sur les immeubles apportés par un associé. C'est qu'en effet, tant qu'il n'y a pas eu transcription, l'immeuble, relativement aux tiers, n'a pas changé de main ; si l'associé se marie, l'apport est grevé de l'hypothèque légale de la femme. Le créancier personnel qui obtient une condamnation peut, en s'inscrivant, le frapper d'une hypothèque judiciaire; et enfin, si, manquant à la fidélité qu'il doit à ses coassociés, l'associé constitue, sur le bien par lui mis en commun, une hypothèque, elle est valable et doit produire tout son effet. Dès que le contrat est sérieux, toute réclamation est interdite à la société.

Il y a plus : si des immeubles sont achetés, durant la société, ils sont grevés de l'hypothèque légale. Au fur et à mesure des acquisitions, le droit de la femme mariée, des mineurs, des interdits, affecte la part de l'associé obligé envers eux : car à quelque titre et sous quelque forme que l'achat ait lieu, il ne produit qu'une copropriété. C'est, ainsi que nous l'avons dit, à la condition de remplir avec exactitude les formalités de publication, qu'il existe un être moral, dis-

---

(1) Dans un procès récemment soumis à la cour de Caen, la question a été débattue en sens inverse. Les créanciers personnels d'un des associés ne se bornaient pas à soutenir que les créanciers de la société non publiée n'avaient aucun privilége sur l'actif social ; ils demandaient la nullité de leurs titres, comme conséquence nécessaire de l'art. 42 du code de commerce.

La cour, par un arrêt du 3 mars 1842, a maintenu l'égalité de condition entre les créanciers sociaux et les créanciers particuliers :

« Considérant que la société établie en 1812 entre les enfants Moisson ne fut ni constatée par un acte écrit, ni publiée aux termes de l'art. 42 du code de commerce, et que l'on se prévaut de cette circonstance pour en proposer la nullité ;

« Qu'il n'est pas douteux que Mélidor-Moisson ne pourrait personnellement opposer ce moyen aux créanciers de la société, d'après la disposition finale de l'art. 42 ;

« Que, quant à ses créanciers personnels, la nullité proposée de leur chef n'empêche pas qu'il ait existé une communauté de fait, et, par suite, un ensemble d'opérations consommées, dont il est impossible de faire abstraction ;

« Que, si les créanciers de cette communauté de fait ne peuvent pas invoquer les droits spéciaux dérivant de l'existence d'une société légalement publiée, tel qu'un privilége sur l'avoir social, les obligations contractées envers eux, en vertu du mandat donné par Mélidor et ses frères, peuvent au moins être exécutées sur ses biens, conformément au droit commun. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté, sur mes conclusions, le 22 mars 1843.

tinct des associés, propriétaire de l'actif social, apte à revendiquer l'entière disposition des choses qui ont successivement accru le patrimoine commun. Lors donc qu'elles n'ont pas été accomplies, ce n'est plus au regard des tiers une société, mais une copropriété qui laisse aux droits des créanciers personnels leur plein et libre exercice; sauf, bien entendu, les chances que comporte l'indivision. Si le partage, fait sans fraude, ne transmet point à leur débiteur la propriété de l'immeuble acheté en commun, le droit réel s'éteint. La licitation et le partage étant purement déclaratifs, l'associé est censé n'avoir jamais été propriétaire d'aucune partie de cet immeuble, et ses créanciers privés du bénéfice de l'hypothèque ne peuvent que réclamer la soulte à laquelle il a droit.

551. La cour de Bordeaux a jugé, le 9 janvier 1826 (Dalloz, XXVI, 2, 181), que les art. 39 et 42 du code de commerce n'étaient pas applicables à la société en nom collectif formée et exploitée par des Français en pays étranger. Cet arrêt est conforme aux principes. La société, comme toute autre espèce de contrat, est régie par la loi du pays où la convention se forme et s'exécute; et quand le statut local n'exige ni acte, ni publications, les associés, alors même qu'ils sont revenus en France, ne peuvent invoquer des nullités que ne prononce pas la loi sous l'empire de laquelle ils ont stipulé.

Autrement en serait-il, si le contrat avait dû recevoir son accomplissement en France. On ne peut, en traitant à Londres, à Rome, à Rio Janeiro, et quand l'objet de la convention est d'organiser une société qui s'exploite en France, se soustraire à l'application d'une loi d'intérêt général. Le principe *locus regit actum* ne peut conférer aux parties contractantes la faculté d'avoir, en France, une société clandestine. En matière de société, ce qu'il faut considérer, ce n'est pas le lieu où la convention est faite; mais celui où le commerce social est établi.

Art. 43. L'extrait doit contenir :

Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés, autres que les actionnaires ou commanditaires;

La raison de commerce de la société;

La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société;

Le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions, ou en commandite;

L'époque où la société doit commencer, et celle où elle doit finir.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 23. *L'extrait doit contenir :*

Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés autres que les actionnaires, et les commanditaires;

La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société (a);

Le montant des valeurs fournies par actions ou en commandite (b);

L'époque où la société doit commencer, et celle où elle doit finir.

L'extrait des actes de société est signé par tous les associés pour la société en noms collectifs;

Par les associés solidaires, pour la société en commandite;

Par les régents ou administrateurs, pour la société par actions (c).

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 47. *L'extrait doit contenir :*

Les noms, prénoms, qualités et demeure des associés, autres que les actionnaires ou commanditaires;

La raison de commerce de la société;

La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société;

Le montant des valeurs fournies par actions ou en commandite;

L'époque où la société doit commencer, et celle où elle doit finir (d).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE MARSEILLE. — Art. 23. Le seul changement fait à cet article est l'insertion des expressions *et la signature sociale*, à la suite de la disposition qui veut que l'extrait de l'acte de société qui sera fourni, contienne la désignation de ceux des associés autorisés à gérer et à signer pour la société.

Rien n'est en effet plus important et plus nécessaire que la connaissance et la publicité de la signature adoptée par la société.

A la vérité, il est dit à la fin de l'article que l'extrait de l'acte de société sera signé par tous les associés; mais il n'y est pas dit qu'ils signeront comme ils se proposent de le faire pour la société.

Il arrive tous les jours qu'un négociant a une signature personnelle et une signature sociale.

C'est cette dernière signature qu'il est essentiel de connaître.

Il est donc utile d'admettre la correction indiquée.

TRIB. DE GENÈVE. — Art. 23. « La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société. »

Pour compléter ce paragraphe, il devrait contenir l'injonction de faire inscrire dans le même livre les procurations données pour agir au nom de la société.

(b) TRIB. DE NANCY. — Art. 23. Cet article détermine tout ce qui concerne le dépôt au greffe des actes de société par extrait. La cinquième condition exige que ces extraits contiennent le montant des valeurs fournies par actions ou en commandite.

Le comité craint que cette disposition n'écarte certaines entreprises de commerce, certaines sociétés qui roulent principalement sur le crédit. Cette publicité révélerait la modicité de leurs fonds. D'ailleurs, là où il n'y a ni actionnaire ni commanditaire, on ne voit pas si les associés doivent déclarer les fonds qu'ils mettent dans leurs sociétés. Sous ce double aspect, l'assemblée trouve que cet article sera plus clair et plus juste, quand on ne parlera pas des fonds fournis par action ou en commandite.

TRIB. DE HONFLEUR. — Art. 23. D'après cet article, il n'y aurait plus de crédit parmi les commerçants.

Le crédit est la facilité d'acheter et d'emprunter sans payer, pendant un temps donné, sur l'opinion conçue de la certitude du payement après ce temps écoulé.

Par le crédit sont donc multipliées les ressources du débiteur, usant habilement des richesses d'autrui; en sorte qu'avec cent mille francs en coffre, ce débiteur peut faire pour un

million d'affaires, c'est-à-dire, peut donner le mouvement à vingt fabriques, à un port de mer, à un chantier de construction.

La connaissance positive des moyens de ce débiteur fera des prêteurs sur gages de ceux qui lui auraient accordé autrefois un crédit; ce ne sera plus un négociant, mais un faiseur d'affaires au jour le jour.

TRIB. DE PAIMPOL. — Critique dans le même sens que celle de Honfleur.

TRIB. D'ORLÉANS. — Art. 23. De quelle utilité peut être l'expression des valeurs fournies en commandite? La publicité des actes de société n'a pour objet que l'intérêt des tiers créanciers de la société, de leur faire connaître ceux contre lesquels ils ont des droits à exercer par suite de transactions commerciales passées avec les gérants de la société; or, le commanditaire n'est point sujet à ces actions, puisqu'il n'est engagé que jusqu'à concurrence des valeurs qu'il a fournies; et, sans doute, c'est pour cela que son nom ne doit pas être porté dans l'extrait de l'acte de société. On peut donc dire qu'il est même inutile de publier les actes de société en commandite, ni d'en faire aucune mention dans l'extrait des sociétés solidaires. La commandite n'est, à proprement parler, qu'un emprunt à la grosse; et il n'est pas plus nécessaire de publier cette sorte d'emprunt que tous autres; il l'est même moins, puisque le commanditaire ne peut jamais venir en concurrence sur les effets de la société, ni sur les biens des associés, avec les créanciers de la société. Enfin, pourquoi exprimerait-on plutôt dans l'extrait de l'acte de société qui doit être affiché, les valeurs fournies en commandite, que celles fournies par les associés solidaires eux-mêmes, et que toutes autres qui pourraient en accroître le fonds?

On n'aperçoit aucune raison de différence.

TRIB. DE SAUMUR. — Art. 23. Il conviendrait de supprimer l'obligation de désigner le montant des valeurs fournies dans une société par les commanditaires, puisqu'on ne l'exige pas d'un négociant faisant seul son commerce.

TRIB. DE SAINT-MALO. — Art. 23. L'obligation de déclarer le montant des valeurs fournies, présente des inconvénients; elle peut nuire au commerce, qui souvent repose plus sur le crédit et la confiance que sur les capitaux. En faisant cette déclaration, l'un diminuera, l'autre enflera son capital suivant son intérêt; c'est donc ouvrir une porte à la fraude, sans beaucoup d'utilité.

TRIB. DE TOULOUSE. — Art. 23. Il serait nuisible au commerce de désigner, dans l'extrait des actes de société, l'apport de fonds du commanditaire, 1° parce qu'il donnerait lieu à connaître le peu de conséquence des fonds fournis à l'associé qui régirait le commerce; 2° parce que le commanditaire apporte très-souvent la plus grande partie de ses fonds à titre de prêt, et par conséquent cette désignation porterait le plus grand obstacle à l'établissement de pareille société et à l'industrie naissante.

TRIB. DE TOULON. — Observations dans le sens des observations ci-dessus.

TRIB. DE NÎMES. — Art. 23. Est-il à propos d'exiger la déclaration des fonds mis en commandite dans une société? C'est peut-être une garantie de plus pour les créanciers, mais dès que l'on ne la demande pas dans les sociétés en nom collectif, pourquoi est-on plus sévère envers les négociants à qui il convient de travailler avec une commandite? Cette déclaration peut nuire à ce genre de société, le plus usité de tous; elle doit répugner en général aux capitalistes, et les empêcher de placer leurs fonds dans les sociétés de ce genre.

TRIB. DE VESOUL. — Art. 23. On observe que cette mesure, qui ne peut qu'augmenter le crédit des sociétés qui commencent avec des fonds considérables, doit produire un effet contraire à l'égard de celles dont les associés ne peuvent mettre que peu de fonds en commerce, avec une bonne conduite et une volonté sincère de travailler avec zèle et activité. Ces sociétés, qui sont les plus nombreuses, méritent des égards, et ne doivent pas être découragées par des règlements qui, considérés comme trop sévères, ne seraient pas exécutés, mais éludés, et forceraient souvent les commerçants à commencer par la fraude.

TRIB. D'ARRAS. — Art. 23. Quelle sera la peine de la non-déclaration? Quelle sera la peine pour celui qui désignerait faussement une commandite? Le commanditaire ne devrait-il pas faire aussi sa déclaration de la somme versée?

Le commerce en général n'y trouverait-il pas une garantie qui doit l'emporter sur les motifs de l'incognito du commanditaire?

TRIB. D'AVIGNON. — L'art. 23 nous paraît susceptible de légères modifications; nous pensons qu'il doit se borner à exiger le dépôt au greffe du tribunal de commerce des polices des sociétés, sans leur donner une plus grande publicité, qui présente quelques inconvénients. On pourrait ajouter que, lorsqu'il y aura des fonds versés en commandite dans une société, les gérants seront obligés de faire une déclaration de la quotité de ces fonds, laquelle sera certifiée par le commanditaire.

TRIB. DE BAYONNE. — Art. 23. Si, dans l'extrait qui doit en être remis, dans le délai de quinzaine, au greffe du tribunal de commerce, le montant des valeurs fournies par actions ou en commandite y est énoncé, le fisc ne manquera pas d'exiger les droits de la loi du 22 frimaire an VII, d'où résulterait une grande surcharge dans toutes les sociétés. Il serait donc convenable que le projet de code, en maintenant l'obligation et l'enregistrement au greffe des tribunaux de commerce, des actes de société, fixât que le droit dû à cet égard ne serait que de trois francs pour tous actes de société quelconque, de quelque nature qu'elles soient.

(c) TRIB. DE GENÈVE. — Art. 23. L'extrait des actes de société est signé par tous les associés, pour la société en nom collectif.

On estime qu'ils doivent consigner sur le registre, non-seulement leurs noms particuliers, mais aussi leurs signatures sociales, conformément à l'usage adopté dans le commerce pour les lettres circulaires, qui annoncent la formation de la société.

Par les associés solidaires, pour la société en commandite.

On répète ici la même observation sur la signature sociale, et on ajoute qu'il ne suffit pas d'indiquer les sommes qui seront versées dans la société, comme fonds de commandite, mais qu'il faut encore que ce versement soit certifié par ceux qui se sont engagés à le faire; c'est pourquoi on estime que leur signature à cet égard doit être exigée.

Premier article additionnel, entre 24 et 25. On vient de prescrire, par les articles précédents, l'inscription de l'extrait des actes de société sur le registre du greffe du tribunal de commerce, et l'affiche dans la salle des audiences.

Mais ces registres sont tenus sur papier timbré; la loi du 13 brumaire an VII, sur le timbre, défend d'inscrire plus de deux actes sur la même feuille.

Les greffiers ne sont pas en usage de faire beaucoup d'avances pour l'achat du papier timbré; ils s'en pourvoient, pour ainsi dire, feuille à feuille.

Un tel registre ne présenterait donc pas la régularité qu'inspire un livre tenu jour à jour, par ordre de date, sans blancs ni lacunes.

On propose, pour remédier à ces inconvénients, de statuer que le registre mentionné dans l'art. 23, sera ouvert sur un livre particulier destiné uniquement à recevoir les inscriptions prescrites par les art. 23 et 24. Qu'il sera tenu de suite, par ordre de dates, sans blancs ni lacunes, et qu'il sera authentiqué dans la forme indiquée art. 6. Quant au timbre, si on veut en dispenser ce registre, ce sera un encouragement de plus pour les petits négociants, à venir soigneusement faire inscrire leur société; précaution qu'ils négligeraient souvent pour éviter quelques légers débours, et sans prévoir les conséquences de leur négligence.

Une autre remarque se présente encore à cet égard : si le greffier qui aura fait l'avance de tout le papier timbré qui compose son registre, vient à perdre sa place, sera-t-il assuré d'en recevoir le remboursement de son successeur? Les mêmes observations sont applicables au registre particulier que les notaires et huissiers doivent tenir pour l'enregistrement des protêts.

On propose de placer immédiatement avant l'art. 25, l'article additionnel suivant :

« Tout individu faisant le commerce, soit sous son nom, soit sous un nom collectif, et qui voudrait contracter une nouvelle société, est tenu préalablement d'en donner connaissance par une signification à tous ses créanciers, en leur offrant le payement sous escompte de ce qu'il leur doit, ou de les en faire reconnaître créanciers de sa nouvelle société, à défaut de quoi, en cas de faillite, il y aura contre lui présomption de banqueroute. »

Cet article additionnel explique suffisamment les cas auxquels on a voulu pourvoir, et qui ne se présentent que trop fréquemment; c'est que les créanciers antérieurs d'un failli sont exclus de leur concours dans la masse d'une seconde société formée par leur débiteur, lors même qu'il serait prouvé que leurs fonds ont bien été versés dans la seconde société.

(d) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Motifs d'exiger l'énonciation des valeurs à fournir.

TREILHARD observe que, cependant, comme il n'est pas nécessaire que le commanditaire ait actuellement fourni sa mise, il est possible, si son nom demeure ignoré, que des aventuriers promettent à une société des fonds qu'elle n'aura jamais réellement, et parviennent à tromper le public par cette fraude.

BEGOUEN dit qu'on pourrait peut-être se dispenser d'ajouter dans l'art. 47 les mots *à fournir*, pourvu qu'on décide que la mise sera déclarée, et que, dans le cas où elle ne serait pas effectuée, le gérant sera tenu de nommer le commanditaire.

Comment est conçu l'extrait de la société en commandite, où il n'y a qu'un seul commanditaire.

MERLIN demande comment sera enregistrée la société qui ne sera composée que d'un gérant et d'un commanditaire.

CRETET répond qu'on n'enregistre que la somme donnée en commandite.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) ajoute qu'on trouve, au greffe du tribunal de commerce, beaucoup d'enregistrements faits dans cette forme.

Elle est, au surplus, suffisante; car, dans une société en commandite, c'est dans les fonds de la société que le public se confie. Les noms des associés, qui ne sont jamais obligés au delà de leur mise, lui sont indifférents.

SOMMAIRE.

552. Les publications ont pour objet d'éclairer la confiance du commerce; elles doivent donc contenir tous les détails propres à faire connaître les éléments de la société.

La loi exige que les noms, prénoms, qualités et demeures des associés responsables soient divulgués. C'est le moyen d'éviter les erreurs et les confusions, et d'assurer l'exercice de l'action des créanciers contre les associés personnellement, après l'épuisement du fonds social.

553. Sous l'ordonnance de 1673, les sociétés en commandite formées avec des gentilshommes, n'étaient pas publiées.

554. Le code de commerce ne fait aucune distinction. Mais les noms des commanditaires ne doivent pas être livrés à la publicité. La confiance se détermine, dans les sociétés en commandite, par l'importance du fonds social.

555. Les noms des actionnaires, dans les sociétés dont le capital a été divisé par actions, ne doivent pas non plus être publiés. L'actionnaire ne contracte pas avec les tiers, et la facilité qu'il a de se substituer un cessionnaire, exigerait des publications chaque jour renouvelées.

556. La raison de commerce de la société doit être indiquée dans l'extrait publié. La raison de commerce personnifie la société, et les engagements émanés des associés ne sont, en général, opposables à la société, que lorsqu'ils en sont revêtus. Il est donc essentiel que les tiers la connaissent exactement.

557. La publication doit aussi désigner le nom des associés gérants, pour que le public et la société ne soient point exposés à des pertes par l'infidélité des associés exclus de la gestion.

558. Elle doit comprendre encore le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions, ou en commandite. Il ne suffit pas de savoir sur quel capital s'est formée la société, il faut connaître encore ce qui a été versé réellement dans la caisse.

559. Si le montant de la commandite n'a pas été exprimé dans l'extrait publié, le commanditaire est tenu indéfiniment des dettes sociales. Réfutation d'un arrêt de la cour de Douai, du 8 janvier 1814, qui a consacré l'opinion contraire.

560. L'extrait publié doit contenir l'époque où la société doit commencer, et celle où elle doit finir. Avant que la société commence, l'emploi de la raison sociale ne confère point aux tiers une action utile; son emploi, quand elle a pris fin, n'engage pas non plus les anciens associés. Il y a donc nécessité qu'on connaisse le temps pendant lequel la société s'oblige légalement.

561. Quand l'époque où finit la société n'a pas été indiquée, les engagements qui la suivent sont valables à l'égard des tiers; à l'égard de ceux mêmes qui auraient eu personnellement connaissance de la stipulation sociale.

COMMENTAIRE.

552. Les publications exigées par le code ont pour objet d'éclairer la confiance des commerçants. Il faut donc qu'elles embrassent tout ce qui peut donner au public une connaissance exacte des ressources de la société, et montrer le degré de crédit qu'elle mérite. Il faut, pour prévenir tout danger, qu'elles reproduisent avec fidélité la physionomie de la personne civile qui va se produire, vendre, acheter, emprunter.

553. La loi exige que l'extrait contienne :

1° *Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés, autres que les actionnaires, ou commanditaires.*

Cette disposition est fondée sur les deux raisons suivantes :

1° Le public a le droit de connaître avec précision tous les associés responsables, quelque rôle qui leur soit d'ailleurs assigné dans l'exploitation des affaires communes. S'il est des familles où les traditions de loyauté semblent héréditaires, il est, au contraire, des noms suspects, et qui ne rappellent que des souvenirs fâcheux, une cupidité désordonnée, souvent même des habitudes de fraude, ou, du moins, de cette finesse qui côtoie la fraude.

Il ne suffit donc pas que les noms des associés auxquels la gestion est confiée, ou dont se compose la raison sociale, soient divulgués, car ces noms peuvent n'avoir par eux-mêmes aucune signification; tous les noms des associés responsables doivent être connus. Il peut se faire qu'un négociant obscur soit placé à la tête d'une société commerciale, pour couvrir un nom trop fameux. Une publicité complète met les tiers à même d'apprécier la société dans son ensemble, et de prévoir ce qu'elle apportera de moralité, de sûreté dans les relations commerciales.

2° Une autre raison pour laquelle la divulgation des noms est nécessaire, c'est que les créanciers sociaux n'ont pas seulement action sur le fonds social qui leur est affecté par privilége; ils ont encore, à défaut de payement, le droit de saisir le patrimoine personnel de chaque associé individuellement. Il est donc essentiel que des renseignements très-précis leur donnent le moyen de constater l'importance de ce gage supplémentaire, et de s'en emparer.

Dans les grandes villes, où tant d'efforts sont consacrés aux spéculations commerciales, il peut se trouver plus d'un négociant de même nom. Dans les familles enrichies par le commerce, tout le monde l'entreprend. La loi prévient les confusions, en exigeant que les prénoms, les qualités, les demeures, soient ajoutés aux noms. Toute erreur devient ainsi

impossible. Il n'est pas à craindre, à moins d'une incurie qui ne mérite assurément pas qu'on la plaigne, que, trompé par la similitude des noms, on accorde à un associé la confiance qu'il ne mérite pas. Quand les formalités légales ont été remplies, ceux-là seuls sont trompés qui veulent bien l'être (**Add.** Troplong, nº 235).

554. Sous l'ordonnance de 1673, les sociétés en commandite formées entre marchands devaient recevoir la même publicité que les sociétés en nom collectif. Il n'y avait point de dissentiment en ce point.

Mais si des gentilshommes y étaient mêlés, on pensait qu'il en devait être autrement, et la raison de cette modification à la loi, c'est que « la publicité « pouvait abolir l'usage des sociétés en commandite, « en ce que les personnes qui ne seraient point de « profession mercantile, ne voudraient pas que l'on « sût qu'elles fussent associées avec des marchands, « que leur nom fût exposé en lieu public, et que « l'argent qu'ils mettraient secrètement dans une « société fût su de tout le monde, *et particulièrement de leurs créanciers, qui ne manqueraient pas « de le faire saisir sur eux entre les mains de leur « associé, ce qui troublerait leurs affaires.* » (**Add.** Troplong, nº 387.)

Savary, qui reproduit ces objections contre la publicité, ajoute, qu'elles sont considérables, et que pour ne pas susciter des scrupules dans l'esprit de ceux qui voudraient faire des sociétés en commandite, il vaut mieux laisser les choses, à leur égard, dans le même état qu'elles étaient avant l'ordonnance, afin que cela ne puisse pas empêcher les personnes de qualité d'entrer dans des sociétés si avantageuses à l'État et au public; sauf, dit-il, aux débiteurs de bonne foi qui auront fait faillite, à faire connaître les sociétés en commandite qu'ils auraient contractées, ou aux créanciers, de les découvrir, s'il en existe.

555. Le code de commerce ne fait, et ne permet aucune distinction. Quelle que soit la qualité des contractants, qu'ils soient ou non négociants, un extrait doit être publié, mais les noms des actionnaires ou commanditaires n'y doivent pas figurer. Pour les commanditaires, nous en avons déjà dit la raison, en commentant l'art. 23 du code de commerce. Le commanditaire traite avec le gérant de la société; il s'oblige envers lui, et s'il ne verse pas la somme qu'il a promise, il ne peut être attaqué que par lui. Dans le cas même de faillite, les syndics n'agissent pas comme tiers contre le commanditaire; ils exercent les droits du gérant, et toutes exceptions opposables à celui-ci peuvent être invoquées contre eux.

Le commanditaire, en outre, est formellement exclu de la gestion. S'il peut prendre part à des délibérations intérieures, il lui est interdit de traiter avec le public, même en vertu de procurations qu'il tiendrait du gérant.

A quoi bon dès lors divulguer son nom? Engagé seulement pour sa mise, étranger à la gestion, n'y pouvant concourir ni directement, ni indirectement, sans déchoir immédiatement des immunités que la loi lui assure, il n'y a pas d'inconvénient à ce qu'il reste dans l'ombre; l'acte de société fournissant d'ailleurs aux créanciers non payés un sûr moyen de l'atteindre, s'il n'a pas satisfait à ses engagements.

Dans la société en commandite, c'est sur les fonds de la société que repose la confiance du public. Les noms des associés, qui ne sont jamais obligés au delà de leur mise, lui sont indifférents.

Comme on l'a vu précédemment, on avait proposé au conseil d'État de décider que, dans le cas où la mise ne serait pas effectuée, au moment des publications, le gérant serait tenu de nommer le commanditaire : cette proposition fut rejetée. Sans vouloir, comme sous l'ordonnance de 1673, fournir au débiteur de mauvaise foi le moyen de soustraire à l'action de ses créanciers une partie de son patrimoine, on pensa que c'était heurter l'idée fondamentale de la commandite, que d'imposer cette publicité, parce qu'il y avait inconvénient à assimiler au négociant le capitaliste qui donne son argent; et que probablement la crainte d'une divulgation qui ne peut convenir à toutes les positions sociales, écarterait de l'industrie des capitaux qui l'auraient fécondée (**Add.** Troplong, nº 399).

556. Quant aux actionnaires, outre les raisons qui précèdent, il en est une particulière tirée de la nature même des titres qui constatent leur qualité. Les actions sont essentiellement transmissibles, et en passant dans une autre main, elles confèrent au nouveau possesseur tous les droits qu'avait le premier. Chaque mois, chaque semaine, chaque jour, les personnes changent. Les actionnaires primitifs peuvent, au bout d'une année, avoir entièrement disparu. Quel avantage, dès lors, à publier leurs noms? Ce n'est pas tout; divulguer ces noms, c'est s'engager à divulguer ceux des actionnaires futurs; car s'il importe au public de connaître les uns, il ne lui importe pas moins de connaître les autres. Or cette tâche est-elle possible? Y a-t-il un moyen de suivre et de constater d'aussi rapides mutations?

Quand le public connaît les associés solidaires et responsables, il sait tout ce qu'il a besoin de savoir; il est à même d'apprécier et la moralité et la solvabilité de la société; en cas d'insuffisance du fonds social, de diriger sûrement ses coups, de saisir les biens et les personnes de ses débiteurs, de les constituer en faillite... C'est avec raison que la divulgation des commanditaires, qui n'ajoute rien à la garantie du public, n'a pas été prescrite (**Add.** Troplong, nº 234).

556 *bis.* 2º *La raison de commerce de la société.*

C'est sous la raison de commerce que doivent être contractés les engagements sociaux. L'art. 22 du code de commerce subordonne à l'emploi de la raison sociale la validité des titres émanés d'un seul associé, et quand cette condition n'a pas été remplie, si la teneur de l'engagement n'y supplée pas, le créancier n'a point d'action contre la société. Il ne peut attaquer que l'associé qui a signé. Il est donc important que les tiers connaissent la raison sociale, afin d'éviter toute erreur, et de n'accepter que des engagements réguliers.

La raison de commerce personnifie la société. Elle ne peut ne pas être comprise dans une publication qui est, pour les sociétés commerciales en nom collectif ou en commandite, une sorte d'état civil (**Add.** Troplong, nos 400 et 234).

557. 3º *La désignation de ceux des associés autorisés à gérer, administrer et signer pour la société.*

La loi civile et la loi commerciale érigent en principe que l'associé qui n'est pas administrateur ne peut aliéner ou engager le fonds social; que s'il emprunte et signe des effets de la raison de commerce, il n'oblige pas la société; que le tiers qui ne s'est pas assuré de la capacité de la partie avec laquelle il contractait, en doit porter la peine. La société, en effet, ne peut souffrir de l'usurpation de pouvoirs commise par un de ses membres, à moins qu'elle ne l'ait tacitement approuvée.

Sans l'observation de cette règle, quelle sécurité y aurait-il pour les sociétés commerciales? Une infidélité, impossible à prévenir, pourrait les ruiner en un jour.

Mais, par là même, les tiers sont intéressés à savoir

en quelles mains la gestion est remise. La désignation des associés autorisés à administrer, et à signer pour la société, est donc une des conditions essentielles de la publicité prescrite par la loi. La gravité de la sanction indique assez l'importance de la formalité. En cas d'omission, tous les associés sont réputés gérants, et quelles que soient d'ailleurs les stipulations du contrat, tous les engagements souscrits par l'un ou l'autre de la raison du commerce, obligent la société (**Add.** Troplong, nos 234-236).

558. 4° *Le montant des valeurs fournies ou à fournir par actions, ou en commandite.*

Lorsqu'une société en commandite se forme, la confiance s'attache au capital dont elle dispose. Si l'appel fait aux capitaux étrangers ne prouve pas l'impuissance du gérant, il accuse du moins l'insuffisance de ses ressources pour les spéculations qu'il se propose. L'élément décisif, aux yeux des tiers, des forces de la société, c'est le capital fourni par les commanditaires. Il est donc utile que l'extrait indique non-seulement les sommes déjà versées sur ce capital, mais encore celles à verser. Les tiers peuvent ainsi savoir ce que le présent a de certain, ce que l'avenir a de chances; et en se renseignant, auprès des gérants, sur les noms des commanditaires, calculer les probabilités de recouvrement des mises non payées.

L'exemple de ces derniers temps a montré la sagesse de la loi. Les sociétés qui se sont organisées par actions, de 1832 à 1838, présentaient un capital énorme, et un gage apparent de nature à rassurer les plus défiants. Mais, pour allécher les actionnaires, on avait stipulé que le payement des actions, d'une valeur d'ailleurs très-minime (puisque les plus élevées ne dépassaient guère mille francs, et que le taux de quelques-unes étaient abaissé jusqu'à cent francs), se ferait par fractions d'un tiers, d'un quart ou d'un cinquième; et comme tout était fictif, et que les actions créées pour l'agiotage étaient rapidement avilies, avant l'échéance du second terme souvent bien peu d'actionnaires se croyaient obligés d'en acquitter le prix; et c'est ainsi que les créanciers, au lieu d'un gage réalisé, certain, avaient pour unique perspective des procès, où la moindre difficulté n'était pas de trouver un contradicteur.

Les auteurs qui ont écrit sur l'ordonnance de 1673, Savary notamment, donnent pour motif à la publication des sociétés en commandite, et à la mention de leur capital, le désir d'empêcher que, la société tombant en ruine, un associé ne se présente comme simple créancier, et qu'il ne puisse, aidé par la connivence du gérant, ressaisir une partie de sa mise au détriment des créanciers. Ce danger n'est à craindre que lorsqu'il n'a pas été rédigé d'acte de société, ou que l'acte, s'il en a été fait, n'a pas acquis date certaine. Une fois les actes enregistrés, les qualités ne peuvent plus changer, ni le commanditaire, quoi qu'il fasse, se transformer en créancier. Quelle probabilité d'ailleurs, quand il existe une preuve positive, que la cupidité soit assez aveugle pour essayer de la méconnaître?

Ce n'est donc pas cette considération qui donne aujourd'hui de l'intérêt à l'énonciation du capital de la commandite. Ce qui la rend utile, nécessaire, c'est que le public, instruit des ressources réelles de la société, peut y mesurer sa confiance. On est moins exposé à perdre quand on connaît exactement la fortune des gens avec qui l'on contracte.

559. Mais si cette formalité n'a pas été remplie, quelle sera la conséquence de l'omission? Faudra-t-il réputer l'associé commanditaire associé gérant, et, le dépouillant des immunités sous la foi desquelles il a traité, le soumettre indéfiniment aux dettes sociales?

La question s'est présentée en 1814, devant la cour de Douai. Dans l'espèce, le commanditaire avait lui-même signé l'extrait transcrit au greffe, et affiché au tribunal de commerce de l'arrondissement où la société avait son siége.

Assigné en payement des engagements sociaux, il avait été condamné en première instance, par les motifs suivants :

« Que la sûreté du commerce exige que chacun puisse connaître le plus ou le moins de solidité des opérations qu'il fait avec une société;

« Que l'associé qui ne borne pas sa responsabilité, quelque qualification qu'il se donne, est obligé en général;

« Qu'en vain, pour se soustraire à cette conséquence, Gallois (le commanditaire selon l'acte) alléguait que, dans la convention, sa commandite était limitée, parce que, à l'égard des tiers, l'acte ne vaut que pour ce qui en est rendu notoire; que, de même qu'un associé temporaire ne pourrait se prévaloir du terme fixé dans l'acte de société, si ce terme n'était rendu public, de même l'associé commanditaire ne peut opposer aux tiers les restrictions qu'il a mises dans l'acte à sa responsabilité, s'il n'en a pas informé le public;

« Qu'en vain encore on argumenterait de la définition de l'art. 23 du code de commerce, d'après lequel le commanditaire, dans une société, est un simple bailleur de fonds, puisqu'il est évident que le mot *commanditaire* n'est employé que par opposition au mot *gérant;* que rien n'empêcherait, en effet, qu'un négociant d'une fortune considérable n'établit une société avec un homme intelligent et pauvre, et que, dans l'acte, il ne fût connaître que lui seul on ferait les fonds et garantirait toutes les opérations, en se bornant cependant à la qualité de commanditaire, c'est-à-dire en s'interdisant de gérer;

« Qu'il ne suit pas, de ce que le nom de Gallois ne figure pas dans la raison sociale, qu'il ne puisse être regardé que comme associé commanditaire, parce qu'il arrive fréquemment que, dans les sociétés, même en nom collectif, un seul nom est énoncé, et que les autres sont compris dans l'expression *et compagnie.* »

Mais sur l'appel, arrêt du 2 janvier 1814, qui réforme cette décision :

« Vu l'art. 26 du code de commerce, portant « que « l'associé commanditaire n'est passible des pertes « que jusqu'à concurrence des fonds qu'il a mis ou « dû mettre dans la société; vu l'acte de société sous-« crit par Gallois et Boidin; vu notamment l'art. 4, « ainsi conçu : Charles-Alexandre Boidin sera le seul « gérant de la société; il en aura la direction. Cette « société sera en commandite seulement à l'égard de « Pierre-Joseph Gallois, qui, par conséquent, ne sera « réputé qu'associé commanditaire;

« Considérant que, conformément à l'art. 42 du même code, l'extrait de l'acte dont il s'agit a été transcrit et affiché au tribunal de commerce de Lille; qu'à la vérité, on a omis, dans cet extrait, l'une des indications exigées par le § 4 de l'art. 43 du code de commerce, celle des valeurs fournies ou à fournir par Gallois, comme associé commanditaire;

« Que, d'un autre côté, cet associé, en signant ce même extrait, a fait plus que la loi n'exigeait de lui; mais, qu'en supposant applicable à l'omission de la mise, ou à la formalité surabondante de la signature du commanditaire la peine prononcée par l'art. 42, pour le défaut total de transcription ou d'affiche, c'est-à-dire la nullité de l'acte, à l'égard des intéressés, au moins, on ne peut étendre à l'infraction de cet art. 42, la responsabilité prononcée par l'art. 28 contre le

commanditaire qui fait des actes de gestion. » (*Journal du Palais*, tome XVI, p. 28, 3e édit.)

Les motifs de cet arrêt ne le justifient pas. A proprement parler, il ne contient pas de motifs. Dire que si, dans le cas où la publication est incomplète, on peut opposer au commanditaire la nullité prononcée par l'art. 42 du code de commerce, on ne lui peut, du moins, infliger la responsabilité indéfinie des engagements sociaux, est évidemment une pétition de principe. C'est la question par la question.

En prescrivant la publicité des sociétés, l'art. 42 a eu pour objet d'éclairer les tiers; et c'est pour qu'on ne pût rendre cette prescription illusoire par un semblant de publication, qu'après en avoir indiqué le mode, le législateur en a déterminé les conditions dans l'art. 43; il a voulu que l'extrait du statut social en rappelât la substance;

Les noms, prénoms, qualités et demeures des associés solidaires;

La raison de commerce de la société;

La désignation des gérants,

Le montant des valeurs fournies ou à fournir en commandite;

L'époque où la société doit commencer, celle où elle doit finir.

Ce n'est donc pas une faculté pour les parties, de comprendre, dans l'extrait rendu public, ces énonciations. L'extrait *doit* les contenir, et s'il ne les contient pas, il est non avenu; car une exécution incomplète des lois, en matière de forme, équivaut à une omission absolue : or, la peine de l'omission, c'est la nullité. L'art. 42 est exprès, et la nullité, quand elle s'applique au commanditaire, ne peut avoir d'autre effet que de le dépouiller du privilége inhérent à sa qualité, pour l'assimiler à l'associé gérant, et, comme celui-ci, le livrer aux coups des créanciers, *aut in ære aut in cute*.

Il suffit de rappeler, pour justifier cette opinion, que la commandite est une exception; qu'elle n'existe légalement, et n'est opposable aux tiers, qu'autant qu'elle est régulièrement constituée, transcrite, affichée, publiée; les dispositions exceptionnelles ne tirent leur efficacité que de la religieuse observation des lois.

N'est-il pas cependant d'une rigueur extrême de déclarer le commanditaire associé-gérant, et, comme tel, de le condamner au payement des dettes sociales, parce que, dans l'extrait publié, on a omis d'énoncer la somme qu'il avait versée, ou promis de verser dans la société? Est-il juste, quand il a stipulé formellement que la société serait en commandite à son égard, et que son apport est déterminé, de le soumettre, lui que la loi dispense de signer l'extrait qu'on publie, et qui n'a pas dès lors à s'occuper de sa rédaction, de le soumettre à payer une somme plus forte?

L'objection est spécieuse, mais où trouver la distinction sur laquelle elle s'appuie? La loi prescrit avec la même force la désignation des noms, prénoms, qualités et demeures des associés solidaires, la désignation de la raison sociale, la désignation des gérants, la désignation des époques où commence et finit le contrat; et personne assurément n'oserait soutenir que, si l'une de ces circonstances avait été omise, on y pourrait suppléer par la convention de société. Pourquoi donc en serait-il autrement de la désignation des valeurs fournies ou à fournir en commandite? Est-ce que ce n'est pas aussi un des éléments essentiels de la publicité? est-ce que les tiers, quand cette énonciation manque, ne sont pas autorisés à penser, que tout en s'attribuant le titre de commanditaire, l'associé n'a pas limité sa responsabilité?

Pour les tiers, l'extrait rendu public équivaut à la convention. Or, en supposant que dans l'acte de société le commanditaire n'ait pas fixé la somme jusqu'à concurrence de laquelle il se rend passible des pertes, pourrait-il, de sa seule qualité de commanditaire, tirer une exception contre les poursuites des créanciers sociaux, pour quelque somme qu'elles fussent intentées?

Quand on dit que les tiers pouvaient, en consultant l'acte social, savoir la vérité, on oublie qu'ils n'ont pas à faire de vérification de ce genre. La loi ne les oblige à connaître que l'extrait devenu public par l'affiche, et par les journaux. Il en serait de même, au surplus, de toutes les omissions; l'acte de société désigne des gérants; l'extrait n'en parle pas. Qu'un tiers traite avec un des associés non autorisés à gérer, et en reçoive des engagements souscrits de la raison sociale, on pourra toujours opposer que s'il s'était plus soigneusement enquis des conventions sociales, il ne se serait point rendu complice de leur violation. Et alors, où sera la sécurité des relations commerciales? Quelle utilité la publicité, si expressément exigée par la loi, aura-t-elle pour les tiers, si, lorsqu'ils auront traité sur la foi de l'extrait rendu public, on peut exhumer des conventions restées secrètes, et les leur opposer?

Il n'est pas exact non plus que le commanditaire soit dispensé de veiller à la publicité. C'est à lui, s'il veut conserver les avantages de la position qu'il s'est faite, de pourvoir à l'accomplissement des formalités qui l'assurent. S'il n'y avait pas de publication, aucune considération assurément ne le sauverait des dangers attachés au mépris de la loi. Une publication incomplète ne peut être d'un plus grand secours. Quand il s'agit de forme, il n'y a pas de plus ou de moins : nous le répétons, les prescriptions légales doivent être accomplies à la lettre. Une exécution incomplète est équivalente à l'omission.

Le commanditaire ne signe pas, il est vrai, l'extrait destiné à la publicité; mais c'est une conséquence de la disposition qui interdit la publication de son nom : c'aurait été lui enlever le secret après l'avoir autorisé. Mais il n'en doit pas moins surveiller la rédaction de cet extrait. Sa sécurité en dépend, et s'il y manque, il est juste qu'il porte la peine de sa faute. Le droit ne peut se séparer des charges que la loi y attache.

En principe, donc, la doctrine de l'arrêt du 8 janvier 1814 est inadmissible et fausse; et quand on se rappelle que l'extrait, où le montant de la commandite n'était pas exprimé, avait été signé par le commanditaire, il semble que l'équité même ne justifie pas la molle interprétation qu'a reçue la loi.

560. 5° *L'époque où la société doit commencer, et celle où elle doit finir.*

Cette énonciation est importante pour les associés et pour les tiers :

Pour les tiers, afin que l'emploi de la raison sociale, quand légalement elle n'a plus cours, ne les expose point à la ruine;

Pour les associés, afin qu'en prolongeant ses pouvoirs au delà du terme qui leur est assigné, le gérant ne dispose point à leur détriment du patrimoine social.

Il n'y a d'engagements valables que ceux qui se placent entre la naissance et la fin de la société. Avant qu'elle commence, en effet, il n'y a pas d'être moral; il n'y en a plus, lorsqu'est arrivé le terme fixé pour sa durée. Dans ce dernier cas une communauté d'intérêts succède à l'état de société. Les droits individuels remplacent le droit collectif; il n'y a plus de mandataires qui puissent engager la chose commune, chaque associé devient copropriétaire des biens qui au-

paravant appartenaient en propre, et exclusivement, à la société.

La divulgation du moment où le société commence, et du moment où elle finit, est donc nécessaire pour prévenir la fraude et protéger les intérêts de tous. Le tiers qui reçoit un engagement souscrit de le raison sociale, quand la société n'existe plus, ne peut se plaindre si la garantie qu'il avait espérée lui échappe; car, plus vigilant, il aurait évité ce danger. La lecture de l'extrait lui aurait appris à quelle époque la société cessait, et avec la société, les pouvoirs du gérant.

Inutile de dire que si les associés gérants, pour donner aux engagements qu'ils signent une apparente validité, les ont antidatés, la société dissoute peut les méconnaître. C'est plus qu'un abus, c'est un crime. Mais comme la présomption est en faveur du titre, c'est aux associés d'en prouver la fausseté. Il ne suffirait pas d'une allégation pour paralyser le droit des créanciers. Il faut démontrer avec évidence, non qu'ils sont complices de la fraude, car la bonne foi n'est pas compatible avec l'acceptation d'un titre antidaté, mais que l'antidate a eu lieu (**Add.** Troplong, n° 251).

561. Il n'est pas besoin non plus de dire que si l'époque où finit la société n'a pas été indiquée, la position des tiers ne change pas. A leurs yeux, les gérants ne cessent pas d'être gérants, ils peuvent contracter avec eux, en toute sûreté; les titres revêtus de la raison de commerce obligent aussi étroitement la société, que s'ils avaient été souscrits avant le terme assigné par la convention aux relations sociales. On ne peut exciper contre les tiers de stipulations qu'ils n'ont pas connues.

Les associés ne seraient même pas recevables à prouver que le tiers en avait une connaissance personnelle. La connaissance légale seule oblige. La notoriété de fait n'est rien. On doit penser, quand l'époque où la société doit finir est omise dans la publication, qu'après avoir fait une convention à cet égard, les associés l'ont abandonnée.

Le but de la loi serait manqué complétement, si les énonciations de l'extrait publié n'étaient pas une règle suprême entre les associés et les tiers.

Art. 44. L'extrait des actes de société est signé, pour les actes publics, par les notaires, et, pour les actes sous seing privé, par tous les associés, si la société est en nom collectif, et par les associés solidaires ou gérants, si la société est en commandite, soit qu'elle se divise ou ne se divise pas en actions.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 48. *L'extrait des actes de société est signé par tous les associés pour la société en nom collectif; par les associés solidaires pour la société en commandite, soit qu'elle se divise ou ne se divise pas en actions.*

Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes à ces formalités.

Voyez, sous l'art. 43, les observations des tribunaux de commerce.

SOMMAIRE.

562. Quand la société est constatée par un acte authentique, le notaire qui a reçu l'acte doit certifier, par sa signature au bas de l'extrait, la sincérité des énonciations qu'il contient.

563. Si des omissions ont lieu, le notaire est responsable du préjudice qu'elles peuvent causer.

564. Si l'acte de société est sous seing privé, mais déposé dans l'étude d'un notaire avant sa publication, les obligations de celui-ci sont les mêmes que s'il en était le rédacteur.

565. Tous les associés responsables et solidaires doivent signer l'extrait, quand l'acte de société a été fait sous signature privée. Motif de cette disposition.

COMMENTAIRE.

562. Les sociétés en nom collectif ou en commandite peuvent être constatées, soit par des actes authentiques, soit par des actes sous seing privé. Dans le premier cas, le notaire est censé le mandataire de tous les associés; il rédige et signe l'extrait. Dépositaire de la confiance des parties pour la constatation de leurs volontés, elles ont dû compter sur lui pour accomplir les formalités propres à les rendre efficaces. L'office du notaire ne cesse qu'au moment où les actes qu'il a reçus sont extérieurement à l'abri des attaques (**Add.** Troplong, n° 253).

563. Si le notaire omet une des indications prescrites par la loi, il est responsable envers la société du dommage dont cette omission a pu être la source : c'est une faute grave dont les conséquences sont à sa charge.

La cour de Douai a jugé, le 21 novembre 1840 (Dalloz, XLI, 2, 67), que dans le cas où la validité des engagements sociaux était subordonnée par le contrat à deux conditions, la signature de tous les associés individuellement, et l'énonciation expresse de la cause pour laquelle les engagements étaient souscrits, si cette stipulation n'avait pas été rappelée dans l'extrait rendu public, et qu'un des associés eût abusé de l'omission, pour signer de la raison de commerce des effets, et s'en appliquer le produit, au détriment de la société, le notaire devait en rendre le montant. Cette décision est juste. Dès que la loi confie au notaire la rédaction de l'extrait, il doit veiller à ce que les stipulations essentielles y soient consignées; et si par négligence, ou par impéritie, il en omet quelqu'une, porter la peine de sa faute. Or, dans une convention de société, les stipulations relatives à la forme des engagements sociaux, ne sont-elles pas une chose capitale?

564. Si l'acte, rédigé sous seing privé, a été déposé dans les mains d'un notaire, et que l'acte de dépôt soit signé de toutes les parties, c'est également au notaire qu'appartiennent la rédaction et la signature de l'extrait. L'acte devient authentique par le dépôt; les obligations du notaire sont les mêmes que si cet acte était son œuvre.

565. Lorsque l'acte est sous seing privé, tous les associés solidaires doivent signer l'extrait. La convention de société a des conséquences si graves, que la volonté de s'y soumettre doit éclater jusqu'à la fin. L'extrait est le complément de l'acte de société, ou pour parler plus exactement, il est, au regard des tiers, l'acte même. Il faut donc que tous les intéressés y concourent, comme ils ont concouru à la convention de société. C'est le seul moyen d'empêcher que de tardifs regrets ne les poussent à nier leur engagement. De même, au reste, qu'un des associés ou un tiers pourraient, en vertu d'un pouvoir spécial, signer la convention de société pour un absent, de même, ils pourraient être autorisés à signer l'extrait; et si la procuration avait été verbale, ce que la loi ne défend pas, l'exécution volontaire de l'acte interdirait à l'associé, dont l'extrait ne porte pas la signature, toute réclamation. En matière commerciale, la preuve qu'une procuration a été donnée, peut aussi bien résulter des faits que des écrits (**Add.** Troplong, n° 231).

Art. 45. L'ordonnance du roi qui autorise les sociétés anonymes devra être affichée avec l'acte d'association et pendant le même temps.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 49. Conf. à l'art. 45.

SOMMAIRE.

566. L'art. 45 est le complément et la sanction des art. 37 et 40 du code de commerce.

567. La publicité des sociétés anonymes est plus complète que celle des sociétés en nom collectif ou en commandite. Comme il n'y a pas d'associés responsables, les tiers doivent, avant de traiter avec les administrateurs de ces sociétés, en connaître exactement les stipulations.

568. La société anonyme qui n'a pas été rendue publique, conformément à la loi, dégénère en société collective.

COMMENTAIRE.

566. L'art. 45 est la conséquence des art. 37 et 40 du code de commerce. Ce n'était pas assez, en effet, de décider qu'une société anonyme ne pourrait exister sans autorisation du roi; il fallait encore empêcher qu'on ne pût supposer cette autorisation, et à l'aide de cette fraude, battre monnaie aux dépens du public. La nécessité d'afficher l'ordonnance pourvoit à ce danger.

567. Il convient aussi de remarquer que la publication des sociétés anonymes est plus complète que celle des sociétés en nom collectif ou en commandite.

Dans les sociétés en nom collectif ou en commandite un extrait suffit; dans les sociétés anonymes, l'acte d'association tout entier doit être affiché. La différence des positions explique cette différence de précautions.

Dans les sociétés ordinaires, les associés sont indéfiniment responsables. S'ils n'acquittent pas les dettes sociales, ils sont exposés aux poursuites les plus rigoureuses; ils peuvent être expropriés, saisis par corps, constitués en faillite. Peu importe dès lors au public la connaissance des stipulations qui règlent les rapports des associés entre eux. On sait tout ce qu'on a besoin de savoir, quand on connaît la raison de commerce de la société, ses associés gérants, le montant de la commandite, le commencement et la fin de la société.

Dans les sociétés anonymes, au contraire, où les associés ne sont passibles que de la perte de leur action, il est important de connaître l'ensemble de la convention, soit pour apprécier les chances de succès qui lui sont réservées, soit pour apprécier la capacité des administrateurs. Comme c'est un simple mandat qu'ils exercent, l'acte donne les moyens d'en fixer la portée et, par là même, d'éviter toute surprise.

568. Nous avons déjà dit, et nous nous bornerons à répéter, que si toutes les conditions auxquelles est subordonnée l'existence des sociétés anonymes ne sont pas accomplies, les associés considérés comme associés en nom collectif, sont obligés indéfiniment aux dettes sociales. En vain ils allégueraient leur bonne foi, et la volonté qu'ils ont eue de n'exposer aux chances du commerce qu'une certaine somme. Il n'y a de bonne foi légalement, qu'autant que les formes ont été respectées; la volonté des parties ne peut l'emporter sur des dispositions que l'intérêt général du commerce a fait adopter.

Art. 46. Toute continuation de société, après son terme expiré, sera constatée par une déclaration des coassociés.

Cette déclaration et tous actes portant dissolution de société avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit, tout changement ou retraite d'associés, toutes nouvelles stipulations ou clauses, tout changement à la raison de société, sont soumis aux formalités prescrites par les articles 42, 43 et 44.

En cas d'omission de ces formalités, il y aura lieu à l'application des dispositions pénales de l'article 42, dernier alinéa.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 24. *Tous actes portant dissolution de société, chan-*

gement d'associés, nouvelles stipulations ou clauses pour la signature, sont soumis aux formalités prescrites par les articles précédents (a).

PROJET REVISÉ. — Art. 24. *Toute continuation de société après son terme expiré sera constatée par une déclaration des coassociés.*

Cette déclaration, et tous actes portant dissolution de société, changement ou retraite d'associés, nouvelles stipulations ou clauses pour la signature, sont soumis aux formalités prescrites par les articles précédents.

Article additionnel. *En cas de contravention aux art. 23 et 24, l'acte primitif de la société continuera d'être valable à l'égard des créanciers de la société; et les coassociés, même les commanditaires, seront solidairement condamnés à une amende qui ne pourra être moindre du dixième de la mise de fonds.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 50. Conf. à l'art. 46 du code, sauf que la dernière disposition de celui-ci n'y était pas comprise (*b*).

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL.

TRIB. DE RENNES. — Art. 24. Ajoutez à la fin de l'article les mots, *sous les mêmes peines*.

TRIB. DE CAEN. — Art. 21. Il ne serait pas inutile d'ajouter au détail des actes contenus dans cet article, l'acte de continuation de société, nécessaire après le terme prescrit par l'acte constitutif.

TRIB. DE PARIS. — Voy. sous l'art. 42.

On n'a rien à observer sur l'art. 24.

Mais un défaut dans le projet, c'est qu'après avoir prescrit dans ses deux articles, avec beaucoup de soin, la formalité de la transcription et de l'affiche, on ne dit pas quelles sont les peines de l'inobservation. Cette peine, à la vérité, se trouve dans la suite du projet, mais à une grande distance de celui-ci, dans l'art. 396. La peine consiste en ce que, dans le cas de faillite, s'il y a société de commerce, l'inexécution des art. 23 et 24 emporte présomption de banqueroute. C'est sûrement attendre beaucoup trop longtemps pour en avertir; il fallait, en imposant la loi, annoncer la peine dont son infraction serait suivie. Mais, d'ailleurs, cette peine est-elle suffisante? et l'ordonnance de 1673 n'en contient-elle pas une autre avec juste raison, celle de nullité, prononcée par les art. 2, 3 et 4, et surtout l'art. 6 du titre *des Sociétés?*

A quoi bon prescrire avec tant de détail et en termes si précis une solennité jugée nécessaire pour l'instruction du public, si, la solennité omise, le public est néanmoins censé instruit, et si le contrevenant est quitte pour la menace d'une chance de malheur dont il se persuade aisément que sa bonne conduite ou sa bonne fortune saura le garantir? La commission pense qu'il faut en revenir à la disposition de l'ordonnance de 1673, mais en la modifiant, parce qu'elle est trop étendue, et y ajouter l'indication de la peine exprimée dans l'art. 396.

L'article additionnel que l'on propose pourrait être rédigé ainsi :

« Les actes de société, et autres y relatifs, n'ont d'effet à l'égard de toutes les personnes qui ont intérêt à les contester, autres que les associés eux-mêmes ou leurs veuves et héritiers, que du jour où lesdits actes ont été transcrits sur le registre, et affichés en la forme ci-dessus, et les contrevenants sont en outre sujets à la peine portée en l'article 396 ci-après. »

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. D'ANTON. — Art. 24. Toujours pas de peine; il en faut une; il y a trop de négligents, d'insouciants; on pourrait dire : « A peine, jusqu'au dépôt de ce second acte, d'être toujours, les intérêts des sociétaires, considérés et jugés d'après le premier acte. »

TRIB. D'ANVERS. — Art. 24. Il a paru qu'il serait convenable et nécessaire qu'une pareille mesure eût lieu à l'égard de tout commanditaire qui se retirerait de la commandite avant le temps stipulé primitivement, et que sa responsabilité s'étendît sur toutes les affaires entreprises jusqu'au jour de la séparation de la société commanditaire.

Des expériences assez récentes ont fait malheureusement voir que des commanditaires ont retiré leurs fonds de la société, ont donné avis de leur séparation de la commandite, et que celle-ci s'est déclarée peu de jours après en état de faillite, au grand préjudice de ceux qui leur avaient confié leur fortune. Il conviendrait même d'assigner un terme moral pour faire l'annonce de la séparation d'une commandite.

TRIB. DE LYON. — Art. 24, rectifié. « Tous actes portant dissolution de société, changement d'associés, nouvelles stipulations ou clauses pour la signature, sont soumis aux formalités prescrites par les articles précédents.

« La dissolution de société doit être prononcée par le tribunal de commerce. »

Cette dernière formalité est indispensable, afin que nul créancier ne puisse en prétendre cause d'ignorance.

Article à ajouter : « Les associés ne peuvent s'opposer réciproquement le défaut d'enregistrement de la société; ils ne peuvent pas même s'opposer le défaut de scripte de société, si d'ailleurs elle est prouvée par écrit.

« Les associés gérants et les associés en commandite ne peuvent point opposer au tiers, ni leur scripte de société, ni sa dissolution, à moins que l'une et l'autre n'aient été publiées, et seulement à compter du jour de la publication. »

Les motifs de cet article indispensable n'ont pas besoin d'explication.

TRIB. DE ROUEN. — Art. 24. La prolongation d'un acte de société aux mêmes stipulations et clauses qu'existait la société à son établissement et à l'expiration du temps fixé pour sa durée, tient lieu d'un nouvel acte et doit être soumis aussi aux formalités prescrites.

L'ancienne ordonnance avait comme le nouveau code reconnu l'utilité des formalités énoncées aux art. 23 et 24.

La désuétude où ces dispositions sont tombées, avertit qu'un article de loi qui ne contient point une peine quelconque en cas de contravention, manque de la sanction principale qui le rend obligatoire.

Nous proposons l'article suivant :

« Faute d'avoir rempli les formalités prescrites par les articles 23 et 24 ci-dessus, les actes de société pourront être considérés comme nuls à l'égard des tiers qui n'en auraient point eu connaissance; et toute action intentée en nom collectif et social, pourra être déclarée non recevable, jusqu'à ce que les associés se soient conformés auxdits articles.

« L'exécution tardive desdits articles ne validera ni les faits ni les actions antérieurs. »

TRIB. DE REIMS. — Art. 21. Il faut ajouter *continuation de société*, parce que souvent, sans qu'il y ait de nouvelles stipulations, on convient de continuer sur les mêmes errements, et il faut que le public en soit averti.

Nota. L'ordonnance de 1673, titre IV, art. 5, fixait les droits du greffier pour l'enregistrement à cinq sous.

Il serait à propos de les taxer aussi aujourd'hui à un prix très modique.

TRIB. DE TURIN. — Art. 24. Dans le cas où une société serait dissoute avant le terme qui avait été fixé, la sûreté du public exige les plus grandes précautions de notoriété. La dissolution de la société devrait être notifiée, pendant trois jours consécutifs, à la bourse du domicile des maisons de commerce sociales, et annoncée aux maisons correspondantes par des circulaires.

(*b*) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT. — OBSERVATIONS DES SECTIONS RÉUNIES DU TRIBUNAT.

Addition de la peine de nullité entre associés.

Art. 50. Ces mots, *sont soumis aux formalités prescrites par les articles* 48, 49 *et* 50, *sous peine de ne pouvoir être opposés,* etc., ont donné lieu aux remarques suivantes :

Il y a faute d'impression. Au lieu des art. 48, 49 et 50, il est évident qu'il faut dire 47, 48, 49.

On croit aussi que l'expression *à peine de ne pouvoir être opposés à des tiers,* n'est pas exacte; elle est d'ailleurs insuffisante, si l'ordonnance de 1673 avait été plus loin en disant que les changements de stipulations entre associés n'auraient lieu qu'à compter du jour de la publication; ainsi, tant que cette publication n'était pas faite, ces sortes de

changements étaient nuls même à l'égard des intéressés. Pour que cette dernière peine continue de subsister, il paraît convenable d'étendre au cas dont il s'agit tous les effets de l'article 47.

On propose donc de terminer ainsi l'article : « Sont soumis aux formalités prescrites par les art. 47, 48 et 49.

« L'omission de ces formalités produira les mêmes effets que ceux mentionnés auxdits articles. »

SOMMAIRE.

569. Si des changements sont apportés à la convention primitive de société, ils doivent être rendus publics à peine de nullité. La publicité exigée par la loi commerciale deviendrait illusoire, s'il en pouvait être autrement.

570. Ainsi la continuation des sociétés dont le terme est expiré, doit être constatée régulièrement, et publiée.

571. Quand la société prend fin, chacun des associés devient à l'instant même copropriétaire du fonds social : la fiction de l'être moral disparaît, et les créanciers personnels des associés peuvent conséquemment faire des actes d'exécution. Ils ne peuvent être dépouillés de ce droit que par des conventions régulièrement établies.

572. Si les formalités légales n'ont pas été accomplies, les associés peuvent, à leur gré, rompre le contrat qui les lie.

573. Les créanciers de la société exercent, à l'égard des associés, les mêmes droits que si les choses avaient été faites légalement. En cas de dénégation, ils sont recevables à prouver par témoins la continuation des rapports sociaux.

574. L'action des tiers n'est pas, au reste, plus étendue que si les titres dont ils sont porteurs avaient été souscrits avant l'époque fixée pour la fin de la société. Ainsi, le commanditaire qui n'a pas fait acte de gestion est à l'abri de toute atteinte. Arrêt de la cour de Paris en ce sens.

575. S'il y a lutte entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés, on doit suivre la règle tracée par l'art. 42 du code de commerce.

576. La continuation de société qui n'est pas régularisée, constatée et publiée, ne peut être opposée aux tiers. L'article 46, en se référant à la disposition finale de l'art. 42, ne permet pas une autre solution.

577. L'art. 46 s'applique au cas même où la société n'a pas été rendue publique à son début.

578. La dissolution anticipée est soumise aux mêmes conditions, sous peine d'inefficacité, en ce qui touche les tiers.

579. Examen et réfutation d'un arrêt de la cour de Bordeaux, du 22 décembre 1828, qui juge que le défaut d'enregistrement et d'affiche au tribunal de commerce, d'une dissolution anticipée de société, peut être suppléé par des circulaires et des insertions dans les journaux.

580. Si la dissolution anticipée résulte du décès d'un des associés, l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 42, 43 et 46 n'est pas exigé.

581. Si cependant les associés ont conservé la raison sociale et trompé le public en en faisant usage, ils ne peuvent pas se prévaloir de la cessation de la société, pour échapper aux engagements ainsi souscrits. Arrêt de la cour de cassation, du 16 mai 1838, qui confirme cette doctrine.

582. Tout changement ou retraite d'associés doit aussi être rendu public. La retraite qui n'a pas été publiée légalement, est considérée comme non avenue.

583. Mais si la société continue après son terme, elle produit son effet, à compter de la cessation légale du contrat. Arrêt de la cour de Colmar en ce sens.

584. L'associé qui remplit, en se retirant, les formalités légales, est, à compter de ce moment, étranger à la société. La prescription de l'art. 64 du code de commerce commence à son profit.

585. Si l'associé se borne à changer de position, si, par exemple, il transmet à un autre la gestion dont il était chargé, il continue d'être obligé pour tous les engagements contractés au nom de la société. Arrêts conformes de la cour de Paris et de la cour de cassation.

586. Les stipulations ou clauses nouvelles doivent être portées à la connaissance des tiers, quand elles peuvent influer d'une manière quelconque sur les obligations contractées envers eux.

587. Mais si les changements ne sont relatifs qu'à la condition respective des associés, la publicité n'est pas nécessaire.

588. Les modifications apportées à la raison sociale sont soumises à l'application de l'art. 46 du code de commerce.

589. Dans tous les cas, la nullité prononcée par l'art. 46 ne réagit point sur le passé ; à l'égard des associés entre eux, la convention produit tous ses effets. Arrêts conformes de la cour de Colmar et de la cour de cassation.

590. La nullité ne peut plus être invoquée quand les formalités ont été remplies avant la demande, à quelque époque que la chose ait eu lieu.

COMMENTAIRE.

569. Les dispositions de l'art. 46 du code de commerce sont le complément et la sanction des dispositions qui précèdent. Que servirait-il, en effet, d'exiger que les sociétés en nom collectif ou en commandite fussent rendues publiques, si par des conventions postérieures et tenues secrètes, on pouvait en modifier les éléments principaux, le capital, la gestion, la raison sociale, et, par ces transformations, dépouiller les tiers des garanties que leur promettait le contrat ?

Il peut arriver cependant que des changements soient nécessaires. La société peut subir la loi d'événements imprévus, et sentir la nécessité de se modifier. La loi ne s'oppose pas à ce qu'elle le fasse ; mais elle y met la condition que les modifications seront entourées de la même publicité que les stipulations primitives. Si cette condition manque, la société reste, à l'égard de tous, ce qu'elle était à son début. Les changements sont comme non avenus ; les tiers peuvent exercer tous les droits que leur conférait l'extrait publié.

L'art. 46 énumère les circonstances qui peuvent rendre de nouvelles publications nécessaires :

La continuation des sociétés après leur terme ;

La dissolution anticipée ;

Les changements ou retraites d'associés ;

Les stipulations ou clauses nouvelles ;

La modification à la raison sociale.

Reprenons chacun de ces cas, et montrons combien il est indispensable qu'au moment où ils se réalisent, on en donne connaissance aux tiers (**Add.** Troplong, n° 234).

570. 1° *Continuation des sociétés dont le terme est expiré.*

Lorsqu'une société cesse, il s'opère; dans la condition des associés, et dans la nature de leurs droits, un changement capital. A la société, être moral, absorbant tous les intérêts, et seul propriétaire, tant que le contrat dure, succède une simple communauté d'intérêts, résultat de l'indivision; le droit des associés jusqu'alors éventuel, et qui ne pouvait autoriser, de la part de leurs créanciers personnels, ni saisie, ni demande en licitation, ni vente, est remplacé par un droit de copropriété, mobilier ou immobilier, selon la nature des objets dépendant de la société; droit certain, et pouvant servir de fondement à des actions utiles, mais subordonnées aux chances de l'indivision.

571. Ainsi, à l'instant même où la société cesse, et avec la société, la fiction de l'être moral, les créanciers personnels de l'un des associés peuvent former des oppositions, intervenir dans les opérations du partage, assister aux licitations; et, selon l'événement, s'emparer, ou de la chose qui, tombant dans le lot de leur débiteur, est censée lui avoir toujours appartenu, ou de la soulte qui la remplace. Rien ne gêne l'exercice de leur action. Or, à quelle fraude ne seraient-ils pas exposés, si, après l'expiration du terme, et sans que le fait soit constaté légalement, la simple allégation que les relations sociales continuent, suffisait pour les écarter? Il serait à craindre que l'associé poursuivi ne trouvât trop de complaisance dans ses anciens associés, pour paralyser l'exercice d'un droit légitime.

La nécessité d'une déclaration authentique ou sous signature privée, transcrite, affichée, publiée comme la société même quand elle se forme, prévient jusqu'à l'idée de ces fraudes.

572. Il peut arriver cependant qu'il y ait eu continuation de société, et que les associés n'aient pas accompli les conditions imposées par la loi, pour donner à ces rapports qui se prolongent, la même efficacité qu'au passé. Quelles conséquences entraînera cette omission?

On appliquera les règles que nous avons tracées pour les sociétés non publiées.

Entre les associés, le contrat est nul en ce sens, que chacun, selon son caprice, peut immédiatement s'en affranchir et demander la liquidation; mais pour le passé, la société continuée produit les mêmes effets que si les formalités légales avaient été remplies : l'équité ne permet pas qu'une des parties intéressées tire profit d'une irrégularité qui lui est imputable (**Add.** Troplong, n° 249).

573. A l'égard des tiers, s'il leur importe que la continuation de la société soit reconnue, et qu'il y ait dénégation, ils en peuvent faire la preuve par tous les moyens que la loi commerciale autorise. Les écrits, les témoins, les présomptions sont admissibles, et la preuve doit être plus facilement acceptée, que lorsqu'il s'agit d'établir une société. Quand des rapports ont duré pendant plusieurs années, et qu'après le terme assigné à ces rapports, les parties se livrent aux mêmes opérations qu'auparavant, il y a vraisemblance qu'elles n'ont point apporté de changement au contrat qui les liait.

574. La preuve faite, le droit des tiers s'exerce, comme s'ils avaient traité avant l'époque fixée pour la dissolution de la société. Tout ce qu'ils auraient pu exiger en ce cas, ils peuvent l'exiger de même, mais rien au delà. Ainsi, la société continuée était-elle une société en commandite? si l'associé commanditaire n'est pas sorti du rôle que la loi lui impose, et que d'ailleurs il ait fait sa mise, les créanciers ne peuvent le poursuivre en payement des dettes sociales. L'absence d'une déclaration publiée, au moment où la société s'est renouvelée, ne change ni la nature, ni les effets de cette société.

C'est ce qu'a jugé la cour de Paris, le 17 avril 1839 (Dalloz, XXXIX, 2, 125). Dans l'espèce, une société en commandite avait été constituée pour trois ans, du 1er juin 1833 au 1er juin 1836. Cette époque arrivée, les rapports sociaux continuèrent jusqu'au 7 juin 1837, et alors seulement un nouvel acte de société en commandite fut rédigé. Pendant une année donc, la société avait marché sans qu'il y eût eu déclaration des associés. Les créanciers envers lesquels des engagements avaient été contractés dans l'intervalle, en concluaient que le commanditaire était tenu au même titre, et de la même manière que le gérant.

L'arrêt repousse cette prétention par les considérations suivantes :

« En fait, que pendant la période qui s'est écoulée depuis la fin de la première société, jusqu'à la formation d'une seconde, les affaires sociales ont toujours été dirigées par Hénart, l'associé que la convention instituait gérant; que les inventaires et les comptes ont été remis comme par le passé, et qu'Etienne Huart les visait comme associé commanditaire;

« En droit que la loi commerciale (art. 42), en prescrivant le dépôt et l'affiche des actes de société en nom collectif et en commandite, n'a fait de l'omission de ces formalités un cas de nullité qu'à l'égard des associés;

« Qu'en stipulant (art. 46) que toute continuation de société, après le terme expiré, sera constatée par une déclaration des associés, elle n'a établi, en cas d'omission, d'autre pénalité que celle indiquée au troisième alinéa de l'art. 42;

« Qu'elle n'a fait aucune distinction entre la société en nom collectif et en commandite, qui changerait la nature de l'une ou de l'autre, et la position respective et individuelle des associés vis-à-vis des tiers;

« Qu'il faut, en conséquence, admettre qu'elles se continuent dans leur spécialité originaire, à moins de circonstances particulières qui en modifieraient la nature;

« Que rien, dans l'intention des parties, n'établissant ce changement, et les demandeurs n'alléguant aucuns faits qui aient modifié la nature de leurs relations antérieures, il faut conclure qu'Etienne Huart est resté commanditaire d'Hénart, du 1er juin 1836 au 7 juin 1837, comme il l'a été précédemment et depuis. »

575. Cette décision concilie parfaitement le droit et l'équité.

Mais quelle solution faudra-t-il adopter, si la lutte s'engage entre des créanciers sociaux, et des tiers créanciers personnels des associés?

On lit dans le recueil de Dalloz, t. XXXI, article 1, p. 378, que « lorsqu'il est constant qu'une société a « continué d'exister de fait, après l'époque fixée pour « sa dissolution, par l'acte social, l'une des parties, « *ou ses créanciers* ne sont pas recevables à prétendre « qu'à défaut de publication d'un acte de prorogation, « la société est censée avoir pris fin à l'époque dé- « terminée par le contrat; » ce qui conduit à cette conséquence qu'on ne peut refuser aux créanciers sociaux un privilége sur l'actif social.

Cette proposition est présentée comme le résumé d'un arrêt de la cour de cassation du 13 décembre 1831.

Si telle était, en effet, la solution de l'arrêt, nous n'hésiterions point à le critiquer, en ce qu'il aurait refusé aux créanciers personnels de l'un des associés le droit de rejeter comme inefficace et nulle, à leur égard, une continuation de société non publiée.

Mais la cour de cassation n'a rien jugé de pareil. Il résulte expressément, de la décision qu'elle a rendue, « que le moyen de nullité puisé dans l'inobservation « des formalités prescrites par les art. 42 et 46 du « code de commerce, n'avait pas été proposé à la « cour royale; » et ce moyen, présenté pour la première fois devant la cour de cassation, est repoussé comme constituant une question nouvelle.

C'est par fin de non-recevoir que la cour a procédé. La question est donc entière, et loin qu'on puisse invoquer l'autorité de la cour de cassation, il semble résulter, au contraire de la rédaction de son arrêt, que, si le moyen de nullité avait été utilement proposé, elle aurait adopté une solution différente.

576. Rappelons les principes.

L'art. 46 du code de commerce exige, à peine de nullité, que toute prorogation de société soit rendue publique. Donc la société continuée, quand elle n'a pas été rendue publique, ne saurait produire plus d'effet qu'une société non publiée. Or, comme nous l'avons démontré (art. 42), il n'en est pas des sociétés comme des autres faits commerciaux, qui, lorsqu'une preuve quelconque est rapportée, sont opposables aux tiers. Le commerce ne pouvant, sans inconvénients graves, être assujetti aux règles des transactions civiles, en général, une convention prouvée par témoins, a tout autant de force contre les parties, et contre les tiers, que si elle était constatée par acte public.

Pour les sociétés, c'est un autre principe : il faut un acte écrit, et de quelque part que viennent des prétentions ayant pour base une convention de société, qu'elles procèdent d'associés ou de créanciers, si le contrat n'a pas été légalement constitué, si les formes de publicité n'ont pas été remplies, les tiers auxquels on l'oppose sont fondés à le repousser. Le dernier alinéa de l'art. 42 est formel sur ce point, et la jurisprudence est, comme on l'a vu, d'accord avec le texte de la loi. La nullité qui résulte du défaut de publication est, au regard des tiers, contre lesquels on se prévaut de la société, absolue, complète et sans remède. Ne comprend-on pas que s'il en était autrement, rien ne serait plus facile que de rendre illusoire la peine prononcée contre l'inobservation des formalités de publicité? Ce que les associés en faute ne pourraient réclamer, on le ferait demander par des créanciers : l'effet de la nullité serait entièrement effacé.

Si donc, un débat s'engage entre les créanciers d'un des associés personnellement, et les créanciers de la société continuée, le droits des uns et des autres devront être réglés comme s'il n'existait pas de société, quelque éclatante qu'en soit la preuve; le défaut de publication en détruisant l'effet. Tous devront être appelés également, et par contribution, au partage de ce qui appartenait à leur débiteur, au moment où la société s'est dissoute.

C'est un malheur, sans doute, pour les créanciers qui ont traité depuis lors avec la société, d'être privés du gage sur lequel ils comptaient; mais pourquoi, lorsqu'ils ont à se reprocher de n'avoir pas vérifié plus exactement la position légale de la société avec laquelle ils contractaient, seraient-ils mieux traités que des créanciers auxquels aucune faute ne peut être imputée? Si le créancier, ignorant, à défaut de publicité, que son débiteur a jeté dans une société commerciale une partie de son patrimoine, a juste sujet de penser qu'il en reste propriétaire, il n'est pas moins fondé à considérer comme son gage la part afférente à son débiteur dans une société dont le terme expire, quand aucune publication ne lui a révélé que, par de nouvelles stipulations, les hasards de la société étaient prolongés pendant un temps plus au moins long.

577. Du reste, l'art. 46 reçoit son application dans le cas même où la société n'a pas reçu, à son début, une publicité régulière. Les associés sont tenus, à peine de nullité, d'accomplir les obligations qui leur sont imposées par la loi commerciale. L'omission de leur part ne serait qu'une faute de plus.

Les cours de Lyon et de Paris l'ont ainsi jugé, la première, par arrêt du 14 mai 1832 (Dalloz, XXXIII, 1, 259); la seconde, le 23 juillet 1828 (Dalloz, XXVIII, 2, 240); et la cour de cassation a confirmé cette doctrine, le 9 juillet 1833 (Dalloz, XXXIII, 2, 4) :

« Vu les art. 42 et 46 du code de commerce;

« Attendu qu'après avoir prescrit, à peine de nullité, à l'égard des intéressés, par l'art. 42 du code de commerce, la remise au greffe, la transcription sur le registre, et l'affiche d'un extrait des actes de société en nom collectif et en commandite, sans que le défaut d'aucune des formalités pût être opposé à des tiers par les associés, le législateur prescrit, par l'article 46, les mêmes formalités, sous les mêmes peines, pour toute continuation de société après son terme expiré, pour tous actes portant dissolution de société, avant le terme fixé pour sa durée par l'acte qui l'établit, et pour tout autre changement dans les stipulations primitives;

« Attendu que la relation de l'art. 46 à l'art. 42 ne suffit pas pour donner un sens restrictif à l'art. 46; qu'il n'est pas permis de conclure, de ce que l'art. 46 est applicable aux sociétés publiées en exécution de l'art. 42, qu'il ne doit pas être également appliqué aux sociétés non publiées; que ce serait autoriser les associés, déjà coupables de l'inexécution de l'art. 42, à induire encore les tiers en erreur, en n'exécutant pas l'art. 46;

« Attendu que les termes de l'art. 46 sont généraux et absolus, de même que les termes de l'art. 42; qu'ils s'appliquent à toute société en nom collectif publiée ou non; qu'ils ne permettent aucune restriction, aucune exception. »

578. 2° *Dissolution anticipée.*

Lorsque la convention a fixé la durée de la société, si les associés, usant d'un droit qui ne peut leur être contesté, en rapprochent le terme, l'intérêt des tiers exige que cette grave modification soit rendue publique. Qui peut empêcher, en effet, qu'un des associés, après une dissolution demeurée secrète, continue de traiter avec les tiers et de signer de la raison sociale les effets qu'il souscrit? Quel moyen les tiers auront-ils de voir et d'éviter le piége qu'on leur aura caché?

Toutes les fois donc que la société aura été dissoute, par la volonté des parties, avant l'époque que le contrat assignait à sa durée, les tiers devront être avertis par une publication conforme aux prescriptions de l'art. 42 du code de commerce. C'est une formalité que rien ne peut remplacer.

579. La cour royale de Bordeaux a cependant jugé, le 22 décembre 1828 (Dalloz, XXIX, 2, 72), que le défaut d'enregistrement et d'affiche au tribunal de commerce pouvait être suppléé par des circulaires et des insertions dans les journaux.

Voici l'arrêt; sa rédaction rend inutile un exposé des faits.

« La cour : attendu que, malgré le défaut d'enregistrement des actes sous seing privé, passés entre des négociants pour des transactions commerciales, la date peut en être opposée à des tiers, suivant les circonstances; que les usages du commerce et la nature de ses opérations ne permettent pas d'appliquer d'une manière absolue aux écrits privés qui les constatent, les dispositions de l'article 1328;

« Attendu que l'acte de dissolution de la société de Pierre Banizette avec la maison Beylot et compagnie, le règlement de ses comptes avec elle, et leur traité

définitif sur ce règlement, ne renferment que des conventions purement commerciales ; qu'ils sont datés des 3 juin, 1er et 14 juillet 1826, et, par conséquent, antérieurs de plus de quatre ans et cinq mois à l'ouverture de la faillite Benizette, fixée par le tribunal de commerce de Libourne, au 18 novembre suivant ;

« Attendu que la société n'avait pas été transcrite et affichée au tribunal de commerce ; que l'acte de dissolution ne le fut pas non plus, mais que cette dissolution fut annoncée au commerce par des circulaires en date du même jour, 5 juin ; que le public en fut instruit par des avis plusieurs fois insérés dans les journaux, à compter du 2 juin ; qu'elle acquit ainsi une date certaine, et que les deux actes des 1er et 14 juillet n'en ont été qu'une conséquence naturelle et immédiate ;

« Renvoie Beylot et compagnie de la demande formée contre eux, par les syndics des créanciers Benizette, en nullité des actes des 3 juin, 1er et 14 juillet 1826, et en liquidation de la société dudit Benizette avec Beylot père et fils, etc. »

Cette décision est une violation flagrante des articles 46 et 42 du code de commerce. Que portent en effet ces articles ? Que toutes les formalités qu'ils prescrivent seront observées, *à peine de nullité*, à l'égard des intéressés. Or l'une de ces formalités est l'enregistrement et l'affiche au tribunal de commerce. Nous avons dit souvent, et il faut ne jamais oublier que les règles générales du droit commercial ne sont point applicables à la matière des sociétés : pour ces contrats, il y a des principes spéciaux dont l'inobservation est une cause de nullité constamment opposable aux intéressés. Il n'est pas permis, sans doute, de créer des exceptions, ou de les étendre à des cas que la loi n'a pas expressément déterminés ; mais est-il permis de l'éluder quand elle est aussi claire?

En présence d'une disposition qui porte :

1° Que la publicité des actes de société en nom collectif ou en commandite, ou des actes stipulant une dissolution avant terme, consistera dans les formalités suivantes :

La transcription au greffe du tribunal de commerce dans la quinzaine ;

L'affiche dans la salle d'audience pendant trois mois ;

L'insertion dans les journaux désignés à cet effet, dans la quinzaine ;

La preuve de l'insertion, par un exemplaire du journal, certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire, enregistré dans les trois mois ;

2° Que l'omission d'une de ces formalités entraîne nullité, à l'égard des intéressés, est-il permis de déclarer que des circulaires, et des insertions dans les journaux suffisent à l'accomplissement de la loi? N'est-ce donc plus une règle certaine que les formes prescrites à peine de nullité ne peuvent pas être suppléées ?

Quand il s'agit de la formation, ou de la dissolution anticipée d'une société commerciale, les tiers ne sont légalement avertis que par les moyens dont l'art. 42 du code de commerce a tracé l'ensemble. La connaissance qu'ils auraient eue d'ailleurs des faits contestés par eux postérieurement, ne peut être opposée comme fin de non-recevoir. Il n'y a pas de dissolution, aux termes de la loi, quand la convention n'a pas reçu la publicité que le code a déterminée.

L'arrêt de Bordeaux excipe de ce que la société n'avait pas été régulièrement constituée, la transcription et l'affiche au tribunal de commerce n'ayant pas eu lieu. Mais qu'importe cette circonstance? Les fautes se compensent-elles en ce sens, qu'après en avoir commis une première, on peut impunément en commettre une seconde? Les violations de la loi s'excusent-elles, se justifient-elles, parce que des violations de même nature ont précédé les faits dont se plaignent les tiers?

Comme nous l'avons dit précédemment, quand une société existe, qu'elle soit régulière ou non dans sa forme ; si elle se manifeste par des faits positifs, si elle a des gérants, traite et stipule avec les tiers, achète, vend, emprunte, elle ne peut disparaître avant le temps fixé pour sa durée, sans en avertir le public. Tant que la dissolution anticipée n'a pas été légalement annoncée, les tiers peuvent continuer de transiger avec les associés gérants, et accepter des titres revêtus de la raison sociale : pourquoi leur confiance diminuerait-elle, quand les apparences ne sont pas changées? La protection dont la loi couvre les tiers dans le cas où la société est régulièrement établie, ne peut manquer dans celui-ci, puisque le défaut d'aucune des formalités ne peut être opposé par les associés, et qu'il est de constante jurisprudence que les tiers peuvent prouver par témoins, ou par de simples présomptions, l'existence, les conditions, la durée de la société? Or, n'y a-t-il pas quelque chose de ridicule à prétendre que les associés qui n'ont pas accompli la loi dans l'origine, doivent, pour les faits ultérieurs, être dans une meilleure position que s'ils en avaient, avec scrupule, exécuté les commandements? Si l'art. 42 avait été suivi, la dissolution non publique serait nulle ; elle ne peut pas être valable dans le cas contraire. Ce n'est qu'aux associés en participation qu'appartient le droit de former, et de rompre, quand bon leur semble, dans la forme qui leur plaît, le lien qui les unit. Des stipulations qui ne concernent que les intéressés entre eux, n'ont, à aucune époque, besoin de publicité.

Nous tenons pour certain que de quelque manière que la société ait été constituée, si les parties jugent à propos de la dissoudre, avant le terme assigné à sa durée, les formalités de l'art. 42 du code de commerce doivent être observées, et que, faute de ce faire, les associés restent exposés à l'action des tiers, pour les engagements souscrits de la raison sociale, par un des associés autorisés à s'en servir. Aucun équivalent ne peut être admis : la dissolution anticipée n'est opposable aux tiers qu'autant qu'elle a été légalement publiée.

380. Mais la même solution s'appliquera-t-elle au cas où la dissolution provient d'un événement de force majeure; de la mort d'un des associés, par exemple?

Non, le décès est un fait notoire ; consigné dans les registres de l'état civil, il est censé connu de tous ceux auxquels il importe de le connaître, et à moins que les associés n'aient expressément stipulé que le décès de l'un d'eux n'entraînerait pas la fin de leurs rapports, la société est dissoute de droit et sans publication. Il en serait de même si l'un des associés avait été frappé d'une peine emportant mort civile. Dans l'un ou l'autre cas, il y a constatation authentique de faits qui mettent fin à la société (art. 1865 du code civil).

La cour de Bourges a jugé dans ce sens par un arrêt du 30 janvier 1830 (Dalloz, XXX, 2, 134).

La cour de Grenoble a jugé le contraire le 27 juillet 1841 ; mais, par un arrêt rendu sur mes conclusions, la chambre des requêtes a admis le pourvoi. La chambre civile n'a point encore prononcé (1).

(1) Le pourvoi formé contre un arrêt de Lyon, qui avait consacré la même doctrine, a été également admis sur mes conclusions, en 18[illegible].

Lorsque la loi commerciale a déclaré que la dissolution anticipée d'une société en nom collectif ou en commandite, ne serait opposable aux tiers, qu'autant qu'il y aurait eu publication régulière, elle s'est déterminée par ce motif, que la société continuant de subsister en apparence, les tiers pourraient être induits en erreur, et, malgré toute leur vigilance, exposés à de grands dommages.

Mais quand la dissolution résulte, non de la volonté des parties, mais d'un événement de force majeure; que cet événement est mis par la loi au nombre des causes qui entraînent la cessation des sociétés; qu'il est authentiquement et solennellement constaté, les tiers sont à l'abri de l'erreur et des surprises. Il n'y a plus de fraude à craindre de la part des associés : l'art. 46 ne doit pas s'appliquer.

Il faut bien remarquer d'ailleurs que cet article n'exige la publication que des *actes* portant dissolution de la société, avant le terme fixé pour sa durée. Ce qui restreint son application au cas où les associés, défaisant ce qu'ils avaient fait, conviennent d'abréger le temps de leurs rapports. C'est contre ces manifestations purement volontaires que la loi prend des précautions, et non contre les faits qui viennent à l'imprévu; contre le gré même des parties, mettre fin à la convention (**Add.** Troplong, n° 904).

581. Si cependant les associés survivants ont essayé de persuader au public que, nonobstant le décès d'un d'entre eux, le contrat n'était pas rompu ; s'ils ont conservé la raison sociale et en ont fait usage, les tribunaux pourront, avec justice, écarter la dissolution, quand les associés eux-mêmes l'invoqueront. Ils doivent être responsables de l'erreur causée par leur conduite.

C'est ce qui résulte d'un arrêt de la cour de cassation, du 16 mai 1838 (Dalloz, XXXVIII, 1, 349).

« Attendu que, si la première société, sous la raison Prat aîné, a fini, aux termes de l'article 1865 du code civil, par la mort naturelle de Prat père, qui en était le chef, il n'est pas besoin d'examiner si, d'après l'art. 46 du code de commerce, la dissolution, ainsi opérée, de cette société, a dû être soumise aux formalités prescrites pour que les tiers en aient connaissance, lorsque la cour royale déclare qu'il résulte des faits et circonstances de la cause, que Henri Prat, demandeur en cassation, qui a établi la deuxième société, sous la même raison *Prat aîné*, a tout fait pour retenir les tiers dans la persuasion qu'elle était la continuation de la première société ; d'où la conséquence qu'en refusant au demandeur en cassation le droit de se prévaloir de cette dissolution, la cour royale n'a fait que juger une question de bonne foi (1). »

Ces derniers mots indiquent ce que doit être, en cas pareil, la décision des tribunaux. Tout doit se réduire pour le juge à des questions de bonne foi. Les tiers ont-ils eu juste sujet de croire que la société continuait, quoique des faits se fussent accomplis, de nature à la dissoudre? La condition des associés est la même que si ces faits n'étaient pas arrivés. L'apparence équivaut à la réalité ; mais il faut que cette apparence soit sérieuse. Des circonstances vagues, et qui s'appliqueraient à la liquidation autant qu'à la continuation de la société, ne pourraient pas constituer la bonne foi des tiers. Il faut que la conduite des associés n'ait pas d'autre explication raisonnable que l'intention de prolonger l'exécution du contrat au delà des limites convenues. Une erreur nécessaire, est, en droit, la première condition de la bonne foi. Elle n'existe pas, quand on se trompe soi-même.

582. 3° *Changement ou retraite d'associés.*

Tout ce que nous venons de dire sur la dissolution anticipée des sociétés s'applique naturellement au changement, ou à la retraite de quelques-uns des associés, quand l'exploitation sociale continue. C'est sur la solvabilité, l'intelligence et la moralité des associés responsables, que se fonde la confiance publique. Lors donc que les tiers en ont connu les noms, ou par les formalités de publication, ou par leur concours à la gestion, on ne peut, sans avertissement préalable, les priver des garanties que le contrat leur assurait.

L'associé dont la retraite n'a pas été rendue publique, demeure, pour tout le temps pendant lequel devait durer la société, soumis à la solidarité des engagements sociaux (arrêt de Colmar, 2 août 1817; Dalloz, t. XII, p. 108). Il est réputé n'avoir jamais cessé d'être associé.

583. Mais, par cela même, si la société continue au delà du terme fixé par le contrat, sa responsabilité ne s'étend point aux engagements contractés dans cette période nouvelle, encore bien qu'ils soient revêtus de la raison sociale primitive.

Un arrêt de Colmar, du 2 août 1817, en donne ces raisons décisives :

« Qu'aux termes de l'article 46 du code de commerce, la retraite d'un associé n'a pas besoin de publicité, quand elle a lieu au terme que le contrat a fixé; qu'elle est de droit; que le public, averti par l'acte de société, n'a pas besoin de l'être de nouveau ;

« Qu'on exciperait en vain contre l'associé qui s'est retiré, que la continuation de la raison sociale, après l'exécution du traité, a déterminé la confiance des tiers;

« Qu'en principe, une simple raison sociale établie après la cessation de la société, sans aucun acte écrit qui la renouvelle, et sans l'observation des formes de publicité, ne peut engager une personne absente, à son insu, sans sa participation directe ou indirecte (voy. arrêt de la cour de cassation, du 9 juillet 1833; Dalloz, XXXIII, 1, 259) :

« Que cette personne, en cas pareil, n'est obligée,

(1) La cour de Caen, dans l'arrêt du 8 mars 1842, dont nous avons cité un fragment plus haut, résout une question identique par les motifs suivants :

« Que Melchior Moisson et ses créanciers personnels soutiennent que la société a été dissoute, le 2 juin 1831, par la mort de Pierre Moisson ;

« Qu'il est vrai, qu'en général la dissolution d'une société a lieu par la mort de l'un des associés, aux termes de l'art. 1865 du code civil, applicable en matière commerciale; mais que ce mode de dissolution n'est pas de l'essence des sociétés d'après l'art. 1868; qu'ainsi, dans l'espèce, à défaut d'actes qui déterminent la nature et les conditions de la société *fils Pierre Moisson le jeune*, il faut les rechercher dans les circonstances du fait ;

« Que c'était véritablement la succession de Pierre Moisson, père commun, qui continuait le commerce que celui-ci avait fait de son vivant ; que la mort de l'un des enfants dont les autres étaient héritiers, ne changeait rien à l'état des choses; que par suite de cet événement, il n'y avait aucun individu nouveau à introduire dans la société ; aucune partie des valeurs qui le composaient à en retrancher ; aucune liquidation à faire avec qui que ce fût ; qu'il était donc rationnel que la société continuât ;

« Considérant qu'il n'est pas contesté qu'elle continua, en effet, etc. »

Je rappelle que le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté le 22 mars 1843.

ni vis-à-vis des tiers, ni vis-à-vis de ceux qui ont abusé de son nom ;

« Que c'est assez de rendre l'associé qui se retire, et ne publie pas sa retraite, responsable des dettes sociales jusqu'à l'extinction de la société; que sa responsabilité ne peut être perpétuelle, et durer au delà du terme de la convention. »

584. Si l'associé, en se retirant, accomplit les obligations imposées par les art. 42 et 46 du code de commerce, il devient, pour l'avenir, étranger à la société comme s'il n'en avait jamais fait partie. Il est tenu des dettes contractées pendant le temps qu'il est resté dans les liens du contrat : une retraite ne peut pas être une cause de libération ; mais dès le moment qu'il a quitté la société, la prescription, fixée par l'article 64 du code de commerce commence en sa faveur. Les créanciers qui laisseraient passer les cinq années sans poursuite, ne seraient pas fondés à soutenir que le point de départ de la prescription est la fin de la société, telle que l'avait réglée l'acte rendu public. Pour l'associé qui se retire, la fin de la société est l'instant même où, par une publication régulière, il a prévenu les tiers qu'il eessait d'être associé, et qu'on ne devait plus à l'avenir compter sur sa garantie. La publicité n'a pas seulement pour objet d'avertir les intéressés de la modification qui s'est opérée dans l'être moral ; c'est une mise en demeure aux créanciers d'exercer les actions qu'ils peuvent avoir. Ne serait-il pas contraire à la raison, que l'associé qui se retire d'une manière patente fût cependant enchaîné aux destins de la société, pour tout le temps de sa durée, et que ce fût seulement courût la prescription ? Pour l'associé qui se retire, la cessation de ses rapports personnels équivaut à la cessation absolue de la société. En la rapprochant, elle n'en change pas les effets. Comment aussi, après avoir gardé le silence, pendant cinq années, quand la société continuait, les créanciers qui nécessairement ont suivi sa foi, pourraient-ils, sans blesser l'équité, changer leur condition, et quand l'actif est absorbé, retomber sur l'associé qui, n'ayant dû prendre aucune précaution pour se ménager un recours, serait exposé à la ruine, victime d'une négligence qui ne peut pas lui être imputée ! (Arrêt de cassation, 7 juin 1830, *Journ. du Palais*, t. III de 1830, p. 364.)

585. Il ne faut pas d'ailleurs confondre avec la retraite, le changement de position d'un des associés. Si le gérant d'une société en commandite, usant du droit qui lui est conféré par le statut social, se substitue un autre gérant, la publicité qu'il donne à cette substitution, ne le dégage, ni pour le présent, ni pour l'avenir, de la solidarité des engagements sociaux ; en cessant d'être gérant, il ne cesse pas d'être associé en nom collectif, alors surtout que la raison sociale n'a pas été changée.

C'est ce que la cour de Paris a jugé par arrêt du 26 mars 1840 :

« Attendu que la qualité de gérant ne saurait être contestée par Pistor, puisque la raison sociale était, *Pistor et compagnie*; que lui seul avait la signature sociale ;

« Que si Pistor a donné, le 15 septembre 1837, sa démission de gérant, et proposé pour son successeur le sieur Fouqueron, lequel aurait été accepté par le comité de surveillance, le 16 du même mois, en vertu d'une délibération de l'assemblée générale des actionnaires, cela ne peut être opposé aux tiers, et le décharger de toute responsabilité envers eux ;

« Qu'il n'y a eu ni dissolution, ni liquidation de la société à l'époque de la retraite de Pistor ;

« Qu'il résulte du rapport fait à l'assemblée des actionnaires, qu'alors la société était grevée de 34,000 francs de dettes ; que Pistor s'est borné à substituer Fouqueron en son lieu et place, et à faire publier sa retraite sans annoncer la dissolution de la société *Pistor et compagnie*, ni le changement de la raison sociale. »

Sur le recours en cassation, un arrêt de rejet a été rendu, le 1er juillet 1841 (Dalloz, XLI, 290) :

« Considérant qu'il résulte des faits constatés par l'arrêt attaqué, qui les a appréciés souverainement, que Pistor était membre et directeur gérant de la société formée pour l'exploitation du journal *le Monde;*

« Que, s'il a abdiqué les fonctions de directeur gérant de l'entreprise, pour les transmettre au sieur Fouqueron, il résulte seulement de l'acte souscrit à cet effet, qu'il y a eu substitution d'un gérant à un autre, mais non que Pistor ait cessé d'être membre de la société, et d'être par suite obligé, solidairement, avec les autres associés, envers les tiers créanciers de la société au payement de toutes les dettes et à l'exécution de tous les engagements de la société ;

« Que l'arrêt attaqué, en le jugeant ainsi, a fait une juste application des principes de la matière, et n'a commis aucune violation de loi. »

La mesure qui rend l'associé étranger seulement à l'exploitation sociale, n'est pas une retraite. Il n'y a retraite sérieuse, efficace, que celle qui rompt tous les rapports entre l'associé et la société.

586. 4° *Stipulations ou clauses nouvelles.*

Il ne faut pas entendre par ces mots toutes conventions qui peuvent intervenir entre les associés, et modifier leur situation primitive. La publicité n'est exigée que pour celles qui sont de nature à influer sur les relations des tiers avec l'être moral. Ainsi, par exemple, chacun des associés était investi par l'acte primitif du droit de traiter seul avec les tiers, et d'user de la raison de commerce : on convient que désormais, les engagements n'obligeront la société qu'autant que les associés y auront apposé leur signature : cette stipulation nouvelle doit, à peine de nullité, être rendue publique. Les tiers ont besoin de la connaître, pour ne pas accepter des engagements individuels, et dont la société ne serait pas tenue.

587. Mais si les associés se sont simplement proposé d'apporter des changements aux clauses qui règlent leur condition respective, les salaires alloués aux gérants, par exemple, l'époque des répartitions, le taux des bénéfices ou des pertes, toutes choses qui n'importent point aux tiers traitant avec la société, puisque des stipulations de ce genre ne peuvent diminuer leurs droits, la publicité n'est pas nécessaire.

Il n'y a, en un mot, de publication obligatoire que lorsque les stipulations nouvelles ont pour objet et pour résultat de modifier la société, telle qu'elle résultait pour les tiers, de l'extrait exigé par l'art. 43 du code de commerce.

La cour de cassation l'a ainsi jugé, le 21 février 1832 (Dalloz, XXXII, 1, 110), dans une espèce où, par un acte additionnel, les associés avaient changé la quotité respective des profits et des pertes :

« Attendu que l'acte additionnel du mois de janvier 1821, destiné par les parties à faire suite à l'acte de société du 15 septembre 1819, est exclusivement relatif à une nouvelle stipulation du partage des bénéfices de la société ;

« Attendu que, si l'art. 43 du code de commerce n'oblige pas, et, par conséquent, dispense d'insérer dans l'extrait dont il est parlé, la manière d'après laquelle les associés doivent partager les bénéfices, et supporter les pertes, il n'a pu soumettre aux formalités de la transcription, de l'affiche, et de l'insertion, un acte additionnel dans lequel il ne s'agit que de la

part de chacun des associés dans les bénéfices et dans les pertes, ce qui ne touche en rien aux intérêts des tiers ;

« Attendu qu'il n'existe dans la loi aucun motif de penser que l'art. 46 ait voulu prescrire ce dont on est dispensé par l'art. 43. »

Cette décision doit être suivie. Ce serait étendre abusivement la nullité prononcée par la loi, que de l'appliquer à des omissions dont les tiers ne peuvent souffrir, puisqu'elles se réfèrent à des clauses dont l'effet se concentre entre les associés.

588. 5° *Tout changement à la raison de société.* La raison de société est le nom dont la société signe ses engagements, et sans l'emploi duquel, si la teneur du titre n'y supplée pas, la société ne peut être obligée. Qu'y a-t-il dès lors de plus nécessaire à connaître que ses transformations? Et combien n'est-il pas juste que, s'il n'y a pas eu de publicité, le changement opéré ne soit point opposable aux tiers?

589. Nous terminerons par une observation qui résume, en ce qui touche les associés, la doctrine que nous avons exposée sur les art. 42 et suivants du code de commerce. C'est qu'entre eux, l'inobservation de l'art. 46 ne peut jamais être invoquée. Quand postérieurement à l'acte de société, ils en ont modifié les stipulations, en quoi que les changements consistent, ils sont tenus de s'y soumettre. Ils ne peuvent pas plus exciper de la nullité résultant du défaut de publication, qu'ils ne le pourraient faire, si la société même n'avait pas été rendue publique. Ils ont bien la faculté de se dégager pour l'avenir des modifications qui n'ont pas reçu de la publicité leur perfection légale; mais pour le passé, il y a droit acquis : les conventions doivent être littéralement exécutées. Nous n'avons pas besoin de reproduire les raisons que nous avons données ailleurs. Nous nous bornerons à les appuyer de deux arrêts, l'un de la cour de Colmar, du 2 août 1817 (Dallos, t. XII, p. 108), l'autre de la cour de cassation du 3 juillet 1837 (Dalloz, t. XXXVII, 1, 471).

590. A plus forte raison, faudrait-il écarter la demande en nullité, si, avant qu'elle fût intentée, les formalités de publication avaient été remplies. Les associés ne peuvent se prévaloir de ce qu'elles n'auraient eu lieu qu'après l'expiration des délais fixés par l'art. 42 du code de commerce (arrêt de cassation, 6 juin 1831 ; Dalloz, XXXI, 1, 316).

ASSOCIATIONS COMMERCIALES EN PARTICIPATION.

Art. 47. Indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 40. Conf. à l'art. 47 du code.

Art. 48. Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce ; elles ont lieu, pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants (*b*).

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Art. 19. *La société en participation se contracte entre deux ou plusieurs personnes, pour faire une ou plusieurs opérations de commerce, dans les formes, proportions et conditions convenues entre les participants.*

Elle peut être constatée par la simple correspondance (*a*).

PROJET RÉVISÉ. — Art. 19. Conf., sauf qu'on y ajoute : « *Ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.*

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 41. *Ces associations sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt et aux conditions convenues entre les participants.*

(*a*) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX D'APPEL (1).

TRIB. DE PARIS. — L'art. 19, concernant la société en participation, omet deux choses qu'il est nécessaire d'exprimer. L'une, que cette société n'a point de raison sociale, et est entièrement anonyme ; c'est même le nom qu'on lui donne ordinairement : l'autre, qui est une suite de la première, c'est que cette société n'intéresse nullement le public, et n'a d'effet qu'entre associés. L'article peut être rédigé ainsi qu'il suit :

« La société en participation n'a point de raison sociale, elle est entièrement anonyme ; c'est une association qui se contracte entre deux ou plusieurs personnes, pour faire une ou plusieurs opérations de commerce, dans les formes, proportions et conditions convenues entre les participants, et qui n'a d'effet qu'entre eux. Elle peut être constatée par la simple correspondance, ou par les livres de commerce. »

L'art. 20 concerne la société par actions ; il y est dit que cette société est anonyme, ce qui est vrai dans un sens, parce qu'elle n'a point de nom social ; et faux dans un autre, puisqu'elle est connue, comme le disent les rédacteurs, par une qualification relative à son objet : ce mot doit être supprimé.

Il peut arriver cependant, que celle dans laquelle il se trouve des actionnaires ait une raison sociale ; et alors elle rentra dans la classe des sociétés en commandite. Les associés compris sous le nom social sont associés principaux ; les

(1) Add. Voy. aussi les observations sur l'art. 19, ci-dessus p. 19.

autres, simples porteurs d'actions, ne sont que commanditaires; c'est ce qu'il convient d'exprimer.

TRIB. DE RENNES. — Art. 19. Un membre a observé, sur l'article 21, qu'il laisse du doute sur le contrat de société en participation. L'intention des rédacteurs, a-t-il dit, n'a point été sans doute d'assujettir ce contrat à l'enregistrement, puisque, dans l'art. 19, ils ont dit qu'il pouvait se former par simple lettre. Il résulterait cependant de la règle *inclusio unius est exclusio alterius,* que les actes de société en participation sont assujettis à l'enregistrement, l'article 21 n'en exemptant que les autres actes.

Cette observation détermine la commission à proposer d'ajouter au dernier alinéa de l'art. 19 les termes suivants :

« L'acte, quel qu'il soit, qui la constate, n'est sujet ni au timbre ni à l'enregistrement. »

Le tribunal est d'avis d'ajouter à l'article 19 que l'acte de société en participation n'est pas sujet à l'enregistrement, mais il n'approuve pas l'exemption du timbre proposée par la commission.

TRIB. DE CAEN. — Art. 19. La société en participation est d'un usage fréquent dans le commerce; comme elle n'intéresse en rien le public, et qu'elle est presque toujours l'ouvrage du moment, c'est avec raison que l'on a dispensé cette société particulière des formes auxquelles sont assujetties les autres sociétés.

Mais suffit-il de dire qu'elle peut être constatée par la simple correspondance, et ne conviendrait-il pas d'ajouter que l'on pourra aussi l'établir par la preuve testimoniale?

C'était une règle consacrée par la jurisprudence; et il est d'autant plus essentiel de la convertir en loi, que ces sortes de sociétés, fruit de la confiance, se forment entre les négociants de la même place. Cependant, comme la mauvaise foi pourrait abuser quelquefois d'un genre de preuves qui n'est pas sans danger, il faudrait laisser à la prudence du juge de l'admettre ou le rejeter suivant les circonstances, et en raison des adminicules que le demandeur pourrait avoir à lui présenter.

TRIB. D'AGEN. — Art. 19. La preuve de la société en participation peut-elle être faite par témoins? La nature de cette sorte de société, qui se contracte et s'exécute presque au même instant, et assez souvent dans des circonstances fortuites, semble l'exiger; c'est la jurisprudence. Les rédacteurs n'ont rien dit d'exprès à cet égard; la matière est assez importante pour faire le sujet d'une disposition positive. On propose d'ajouter à l'article : « Par la simple correspondance, même par témoins. »

TRIB. D'ANGERS. — Art. 19. 1° Il peut ne résulter de la correspondance qu'une preuve insuffisante.

2° Souvent la société en participation se contracte dans les marchés, en foire, entre des commerçants qui voyagent, et les marchandises étant aussitôt revendues, la société n'a pas de suite.

3° Les associés peuvent aussi ne pas savoir écrire. Alors il n'y a point de correspondance.

Il semble qu'en tous ces cas on doit admettre la preuve testimoniale : l'intérêt du commerce, la bonne foi qui doit y régner, réclament cette disposition.

Suivant les lois civiles, la solidarité n'a lieu contre les coobligés qu'en vertu de la stipulation ou de la loi; elle ne se présume point; les coobligés doivent l'avoir consentie, si la loi ne la prononce pas.

Ce principe n'a pas lieu en matière commerciale. La solidarité, au contraire, a lieu de droit, sans stipulation, entre marchands qui achètent en commun des marchandises qu'ils s'obligent, verbalement ou par écrit, de payer. On présume qu'il existe entre eux une société tacite.

N'est-il pas nécessaire que le nouveau code consacre par un article, qui peut être placé... cette exception au principe général et particulière au commerce?

TRIB. DE COLMAR. — Art. 19. *Elle peut être constatée par la simple correspondance.*

Ne pourrait-on pas ajouter : *même par témoins, quand il y aura commencement de preuve par écrit?*

Cette espèce de société est très-fréquente, surtout dans la classe la moins aisée des commerçants, et dans celle qui ne se livre pas aux grandes spéculations, mais à celles de détail, qui ne sont pas toujours les moins utiles; une telle association est momentanée; elle se répète souvent; elle a toujours pour objet une entreprise particulière, comme, par exemple, une forêt à exploiter, une fourniture à faire en bestiaux ou denrées, l'acquisition d'un objet en gros, pour en opérer la revente en détail : l'opération terminée, la société est dissoute. Le projet dispense sagement une semblable association des formalités qu'il exige pour les autres; cependant, comme elles sont aussi sujettes à difficultés, il semble que la preuve par témoins de l'existence d'une telle société peut être ordonnée, lorsqu'il y a déjà des indices suffisants, et que les juges la croient nécessaire.

Ce qui vient d'être dit doit s'entendre d'un individu qui prétendrait avoir droit au bénéfice de la société; mais une autre question se présente et qui est essentielle; en voici l'espèce : un particulier a fait une entreprise; il devient insolvable; ses associés en participation ne sont pas connus, parce que l'acte de société n'est pas public : un tiers qui sera créancier de la société, pourra-t-il provoquer la preuve par témoins, s'il y a commencement de preuve par écrit que tels ou tels individus faisaient partie de la société, à l'effet de les déclarer débiteurs, solidairement avec le chef connu de l'entreprise?

OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

TRIB. DE DIJON. — Art. 19. Il résulte de la définition de cet article, que la société en participation n'est qu'une société passagère, qui peut être constatée par simple correspondance; c'est une opération commerciale ordinaire, qui ne regarde point le public, mais seulement les associés qui la forment entre eux.

Cette société n'est autre chose qu'un compte à demi ou à telle autre proportion qu'on voudra, à laquelle il paraît que le gouvernement n'a rien à prescrire et qui, par cette raison, aurait pu être omise sans inconvénient dans le projet de code de commerce :

1° Parce que, comme nous venons de le dire, cette société n'intéresse que ceux qui la forment entre eux;

2° Parce que les lois ne doivant pas vouloir tout régler, ni s'immiscer dans toutes les transactions, et moins encore dans les transactions commerciales qui ne souffrent point d'entraves;

3° Parce que tout homme qui ne viole pas les lois de la justice, doit être libre de travailler à ses intérêts comme bon lui semble.

TRIB. DE SAINT-MALO. — Art. 13 et 19. On croit inutile d'appliquer les lois relatives aux sociétés à celle que l'on nomme *en participation;* ce n'est qu'une association momentanée, bornée à peu d'objets, souvent à un seul. Elle finit et se renouvelle chaque jour; elle ne doit donc pas être soumise aux lois et règles générales qui régissent les autres sociétés.

TRIB. DE BAYONNE. — Art. 19. On ne connaît point dans le commerce de société en participation, et l'on ne voit pas la raison pourquoi le projet de code la comprend dans le nombre des sociétés, d'autant que la définition qu'en donne l'art. 19 prouve que ce genre d'association n'est pas une société proprement dite, puisqu'il ne faut point d'acte pour la constater; il paraît donc inutile d'en faire mention dans le projet de code.

TRIB. DE LYON. — Art. 19. A supprimer.

Les affaires de commerce faites en participation, ne peuvent être considérées comme société, puisqu'elles se régissent par des clauses particulières et momentanées.

TRIB. D'AUBENAS. — Art. 19. La société en participation se contracte quelquefois entre marchands présents à une vente, et au moment même de la vente; pourquoi ne pourrait-elle pas être constatée par la preuve testimoniale? L'article semble l'exclure, en ne parlant que de la preuve résultant de la correspondance.

TRIB. DE BOLOGNE. — Art. 19. La société en participation peut être constatée par la simple correspondance.

La société en participation se trouvant celle qui flatte le plus l'inconstance ordinaire des commerçants et sert le mieux leurs intérêts particuliers, il est naturel qu'elle soit le plus généralement adoptée par ceux qui fréquentent les foires et font le trafic des bestiaux; très souvent ils ne savent point écrire, et dès lors résulte une impossibilité physique de constater cette association par des traités ou par une correspondance. Ne serait-il pas sage de permettre aux parties de prouver par témoins, lorsqu'elles le pourront, la nature, l'étendue et la durée de leurs conventions?

TRIB. DE GENÈVE. — Art. 19. Si l'observation sur la suppression de l'art. 13, qui entraînerait celle de l'art. 19, n'est pas admise, on demande que le dernier paragraphe exprime « que la société en participation peut être constatée entre les associés par la simple correspondance, comme toute autre spéculation entre cointéressés, attendu que le public n'y a point d'intérêt, et qu'il n'en résulte aucune solidarité. »

TRIB. DE CHAUMONT. — Art. 19. La société en participa-

tion, qui cesse ordinairement avec l'opération qui y a donné lieu, ne peut-elle pas également se constater par témoins, ainsi qu'il était d'usage dans l'ancienne jurisprudence du commerce ?

Trib. d'Autun. — Art. 10. Nous pensons que la preuve de la société en participation doit être admise par témoins, sans correspondance, sans commencement de preuve par écrit; cette société se contracte souvent en foire, à une délivrance publique, etc., souvent même entre des personnes illettrées. Voy. les observations sur l'art. 4.

Trib. de Béziers. — Art. 19. Il arrive souvent qu'il se fait des comptes en participation verbalement, surtout pour des achats faits en foire ou à des marchés publics, en sorte qu'il n'existe aucun acte par écrit; dans ce cas, on pourrait admettre la preuve testimoniale, ce qui serait laissé à la prudence des juges.

Trib. d'Abbeville. — Art. 19. Nous estimons que la société peut être constatée, même par témoins, si elle a été verbale, sans qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit.

Trib. du Tréport. — Art. 19. La société en participation peut être constatée par la simple correspondance, et même par témoins, si la société a été verbale.

Trib. de Falaise. — Art. 19. On devrait ajouter, *ou par preuve testimoniale, si la demande n'excède pas mille francs,* parce que presque toutes les sociétés en participation, quand elles se contractent entre petits marchands du même endroit, ne peuvent se prouver que par témoins.

Trib. de Saint-Quentin. — Art. 19. L'obligation de constater les sociétés en participation par la correspondance, ne peut atteindre que les commerçants qui mettent le plus grand ordre dans leurs affaires ; mais tous les jours il se forme des sociétés en participation, ou, si l'on veut, des sociétés anonymes entre marchands domiciliés à la campagne, qui souvent ne savent pas écrire; et ces marchands n'ont d'autre sûreté que la bonne foi de ceux avec lesquels ils traitent, et d'autre preuve que celle des témoins qu'ils appellent.

La loi doit ici venir particulièrement au secours des marchands illettrés, et leur fournir les moyens de faire valoir leurs droits par l'audition des témoins.

D'ailleurs, le contrat de société étant réglé, suivant l'article 12, par le droit commun, ce droit permet aux parties d'administrer, pour la constater, toutes les preuves possibles, et conséquemment la preuve testimoniale, sauf aux tribunaux à y avoir tel égard que de raison, et à ne l'admettre qu'autant qu'il y aurait préalablement présomption de l'existence de la société.

Trib. de Paimpol. — Art. 19. Cet article ne détermine pas le genre de solidarité que doit entraîner cette espèce d'association momentanée.

Trib. de Tulle. — Art. 19. Ces dispositions sont conformes à l'art. 1 du titre IV de l'ordonnance de 1673. La société en participation, connue sous le nom de société anonyme, se fait sur-le-champ, verbalement, et n'est fondée que sur la foi du marchand.

Elle se contracte entre les marchands et négociants, lorsqu'ils sont dans les foires et marchés pour y vendre et acheter des marchandises; le grand nombre de ces sociétés et leur utilité semblent commander la faculté d'en établir l'existence par la preuve vocale, attendu la grande difficulté où sont souvent les parties de la rédiger de suite par écrit.

(b) MOTIFS.

Voy. ci-dessus, p. 491, à l'occasion de l'art. 19.

SOMMAIRE.

591. Définition de l'association en participation, tirée de Savary.
592. Ce qui distingue ce genre de convention, c'est de s'appliquer à des opérations déterminées, et de ne créer de rapports qu'entre les contractants.
593. L'association en participation forme-t-elle un être moral ?
593 2°. *La participation n'est pas une société proprement dite* (Troplong, n° 499).
593 3°. *Les Romains firent-ils cette distinction?* (Troplong, n° 491.)
593 4°. *Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle joue un grand rôle dans la jurisprudence italienne. Fréquence des participations en Italie, et importance de celles qui avaient pour objet la ferme du revenu public* (Troplong, n° 492).
593 5°. *Jurisprudence des tribunaux italiens sur les rapports des participants entre eux* (Troplong, n° 493).
593 6°. *Jurisprudence des mêmes tribunaux sur les rapports des participants avec les tiers. Ceux-ci n'ont d'action que contre celui avec qui ils ont traité. La participation ne forme pas un corps. Les participants ne sont pas coseigneurs de l'affaire* (Troplong, n° 494).
593 7°. *Résumé sur la nuance entre la société et la participation* (Troplong, n° 495).
594. Arrêts des cours de Rouen et de Paris qui décident l'affirmative.
595. Arrêt contraire de la cour de Paris, du 9 avril 1831.
596. Pardessus adopte la première solution.
597. Opinion conforme de Merlin.
598. La cour de cassation juge au contraire, le 2 juin 1834 et le 19 mars 1838, que l'association en participation ne forme pas un être moral.
599. Dalloz suppose à tort que deux arrêts de 1806 et 1826 avaient consacré une doctrine différente.
600. Les arrêts de 1834 et 1838 sont conformes aux principes de la matière.
601. Ils sont conformes également à la pensée exprimée par les auteurs mêmes du code de commerce.
602. Inconvénients et dangers du système contraire.
603. Les associés en participation ne sont soumis à l'action solidaire que lorsqu'ils se sont obligés conjointement. Le gérant qui traite en son nom personnel, ou au nom de ses associés, n'engage que sa personne. Les tiers n'ont pas d'action contre les participants.
604. Réfutation de l'opinion exprimée par Pardessus, qu'un engagement émané d'un des participants seulement engendre la solidarité, s'il a été souscrit pour l'opération commune.
605. Examen d'un arrêt de la cour de cassation invoqué par Pardessus, à l'appui du système qu'il embrasse : cet arrêt est sans application.
606. Les associations en participation diffèrent des sociétés en nom collectif, comme l'espèce diffère du genre.
607. Il y a un grand intérêt à ne pas confondre ces deux sortes de conventions.
608. Les contradictions de la jurisprudence ont suscité des difficultés que le texte de la loi ne faisait pas même soupçonner.
609. Les énonciations des actes, quand il en existe, ne doivent pas être prises en considération. Toute convention dont l'objet est de faire le commerce, est essentiellement une société collective. Toute convention, au contraire, qui s'applique à des faits déterminés d'avance, ne constitue qu'une association en participation.
610. Exemples tirés de divers arrêts des cours de Poitiers, de Bordeaux, de Caen, etc.
611. Les cours royales n'apprécient pas souverainement les conventions de société qui leur sont déférées. Si, après avoir directement ou indirectement constaté que les parties se sont unies pour faire le commerce, elles déclarent qu'il n'existe entre elles qu'une association en participation, elles violent la loi, et sont sujettes à la censure de la cour de cassation.
612. Réfutation de deux arrêts qui jugent le contraire.

613. Exemple du danger de cette doctrine, tiré d'un arrêt de la cour de cassation elle-même.

614. § 2. Les associations en participation ont lieu, pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts, et avec les conditions convenues entre les parties, pourvu que le principe du contrat ne soit pas violé.

615. Exemples de stipulations illicites : les participants ne peuvent diviser en actions le fonds social.

616. Exemples de stipulations permises.

617. Si les parties n'ont pas réglé leur position respective, on suit, pour la répartition des bénéfices et des pertes, les règles que le code civil a tracées.

618. A défaut de stipulation, les intérêts des sommes avancées par un des participants, pour l'opération commune, ne sont dus que du jour de la demande en justice. Arrêt de la cour de Poitiers en ce sens.

619. Le gérant de la participation étant seul connu des tiers et seul en nom, a tout pouvoir pour aliéner, emprunter, hypothéquer, endosser les billets, etc.

620. Il a ce pouvoir dans le cas même où les billets auraient été souscrits nominalement à l'ordre de tous les associés participants.

621. Les jugements rendus contre le gérant ne peuvent être attaqués par voie de tierce opposition de la part des autres associés.

622. Les pouvoirs cessent avec l'opération, quand les dettes sont payées, le gérant n'est plus qu'un copropriétaire sans droit pour aliéner ce qui appartient à ses anciens associés.

623. Arrêt de la cour de Paris, du 25 juillet 1835, qui consacre cette doctrine.

624. Arrêt conforme de la cour de cassation.

624 2°. *Dans les rapports des participants entre eux, le participant qui agit fait presque toujours son affaire propre, et il n'est pas nécessairement le mandataire de celui qui n'agit pas* (Troplong, n° 503).

624 3°. *Cependant il n'est pas impossible qu'il soit son mandataire* (Troplong, n° 504).

624 4°. *A l'égard des tiers, le participant qui agit est censé maître exclusif. Les participants inconnus suivent entièrement sa foi* (Troplong, n° 505).

624 5°. *Toutes les dettes qu'il a faites et qui grèvent la chose objet de la participation, doivent être respectées par les participants* (Troplong, n° 506).

624 6°. *Exemple* (Troplong, n° 507).

624 7°. *Les achats faits par l'associé qui agit, sont censés faits pour lui. Les créanciers de ses participants n'y peuvent rien prétendre du chef de ces derniers* (Troplong, n° 508).

624 8°. *Cela est vrai, quand même les fonds auraient été donnés par un participant pour faire ces achats* (Troplong, n° 509).

624 9°. *Même d'associé à associé, le véritable propriétaire est celui qui a acheté, à moins qu'il ne résulte des faits qu'il était simple mandataire* (Troplong, n° 510).

624 10°. *Mais quoique chaque associé reste propriétaire de la chose conférée, néanmoins celui qui gère en est saisi ; si elle consiste en un meuble, les créanciers personnels des propriétaires n'y peuvent rien prétendre du chef de ce dernier qu'après la liquidation* (Troplong, n° 511).

624 11°. *Que si la chose est un immeuble, il en est autrement, et les tiers qui y ont acquis des droits du chef du propriétaire ne peuvent se le voir enlever, sous prétexte de créances sociales. Une société en participation n'a pas le droit de se poser en face des tiers* (Troplong, n° 512).

624 12°. *Il est si vrai, du reste, que chacun conserve la propriété des mises, que si le propriétaire de la marchandise, qui l'a expédiée à son participant pour la vente, se trouve dans les conditions de la revendication, en cas de faillite, il peut l'exercer* (Troplong, n° 513).

624 13°. *Renvoi pour un plus ample examen de ces questions* (Troplong, n° 514).

624 14°. *Du compte de profits et pertes de l'opération. De l'étendue du concours aux pertes. Différence à cet égard entre la commandite et la participation* (Troplong, n° 515).

COMMENTAIRE.

591. Les associations en participation ont été de tout temps connues et pratiquées dans le commerce : nées de l'occasion et cessant avec elle, aussi faciles à former qu'à résoudre, la liberté de leur allure, et leur mouvement rapide offraient à la spéculation trop d'avantages pour qu'elles fussent négligées.

Savary, t. I, 2e partie, p. 25, définit ainsi ce genre de contrat.

« Il reste maintenant à expliquer la troisième sorte « de société qu'on appelle anonyme, qui se fait aussi « parmi les marchands et négociants. Elle s'appelle « ainsi parce qu'elle est sans nom, et qu'elle n'est « connue de personne, comme n'important en façon « quelconque au public. Tout ce qui se fait en la né- « gociation, ne regarde que les associés, chacun en « droit soi ; de sorte que celui qui achète est celui « qui s'oblige et qui paye au vendeur ; celui qui vend « reçoit de l'acheteur ; ils ne s'obligent point tous les « deux ensemble envers une tierce personne, il n'y a « que celui qui agit, qui est le seul obligé ; ils le sont « seulement réciproquement l'un envers l'autre, en « ce qui regarde cette société. Il y en a qui sont ver- « bales, d'autres par écrit, et la plupart se font par « lettres missives que les marchands s'écrivent res- « pectivement l'un à l'autre ; les conditions en sont « bien souvent brèves, n'y ayant qu'un seul et unique « article, et elles finissent quelquefois le même jour « qu'elles sont faites. »

Plus bas il dit que cette société s'appelle aussi *compte en participation*, et il en donne pour exemple un négociant de Marseille qui, achetant la cargaison d'un navire, admet à la participation un négociant de Paris qui accepte ; puis il poursuit en ces termes : « Le consentement du négociant de Paris, donné par « sa lettre à celui de Marseille, d'entrer pour la part « qu'il lui mande dans l'achat de la marchandise, « l'oblige envers lui, tant pour le payement de sa part « de l'achat, que pour les profits et pertes qui se fe- « ront en vente d'icelle ; et le négociant de Marseille, « par l'achat qu'il fait de la marchandise, accepte la « société, et s'oblige envers celui de Paris de lui ren- « dre raison, et faire bon des profits qui se feront sur « la vente qui en sera faite, et de participer à la perte, « si aucune il y a.

« Et cette société anonyme ou en participation ne « regarde point le public, mais seulement les deux « associés : aussi n'est-il point nécessaire de faire en- « registrer les conditions portées dans les lettres qui « donnent la forme à ces sortes de sociétés, au greffe « de la juridiction consulaire, ou autres lieux, comme

« les autres sociétés dont il a été parlé ci-devant.

« Il en est de même à l'égard de la vente de la mar- « chandise, comme en l'achat ; car si ce négociant de « Marseille envoyait les marchandises par lui ache- « tées à celui de Paris pour les vendre, il est certain « qu'il ne pourrait avoir aucune action contre ceux « à qui elles auraient été vendues, sous prétexte qu'il « participe en icelles, et les débiteurs ne reconnaî- « traient pour leur seul et unique créancier que le « négociant de Paris ; en telle sorte que s'il venait à « faire faillite, et qu'il eût abandonné à ses créanciers « tous ses biens mobiliers et immobiliers, les sommes « qu'ils devraient seraient partagées entre tous les « créanciers au sou la livre, et le négociant de Mar- « seille entrerait dans la faillite comme les autres « pour ce qui lui serait dû par le négociant de Paris, « tant pour son fonds capital, que pour les profits qui « auraient été faits en la vente de la marchandise, « suivant les comptes qui en seraient faits ; jurispru- « dence qui est en usage dans le commerce parmi les « négociants. Il faut en cela que l'associé anonyme « suive la bonne foi de celui auquel la marchandise « a été mise entre les mains pour en faire la vente, et « lui tenir ensuite compte de la part qu'il y a, tant « en principal que profits ; si cela n'était ainsi, il n'y « aurait de sûreté dans le commerce. »

Pothier cite et s'approprie cette doctrine (**Add.** TROPLONG, n° 481).

592. Ainsi l'association en participation est la réunion accidentelle de deux ou plusieurs négociants pour une opération de commerce, determinée, sans lieu d'établissement, ni raison sociale. L'objet du travail commun est réglé d'avance ; la réunion, inconnue du public, n'a que la durée de l'affaire entreprise, de cette seule affaire. Chacun des coparticipants agit individuellement, et ses obligations envers son associé se bornent à un compte, d'après lequel le gain ou la perte se répartissent, selon les proportions convenues (**Add.** TROPLONG, nos 482, 488).

593. De ces caractères de la participation, est née la question de savoir, si c'était dans la réalité des choses une société ; et si les principes généraux de ce genre de contrat lui étaient applicables ; si, par exemple, la participation formait un être moral, et si les associés et les créanciers sociaux, par conséquent, avaient un droit de préférence sur les choses dépendant de l'association (**Add.** TROPLONG, nos 490, 500, 582 et 864).

594. Le 21 avril 1810 la cour de Rouen consacra l'affirmative (Sirey, XI, 2, p. 413).

La cour de Paris en fit autant, le 26 juin 1824 ; et, s'il faut s'en rapporter au sommaire de Dalloz, la cour de cassation aurait donné son adhésion à cette doctrine le 11 mars 1826.

L'arrêt de la cour de Paris est ainsi conçu :

« La cour, vu les art. 47, 48, 49 et 50 du code de commerce, desquels il résulte, en termes exprès, que la loi reconnaît les associations commerciales en participation, qu'elles sont relatives à une ou plusieurs opérations de commerce, qu'elles ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts et aux conditions convenues entre les parties, qu'elles peuvent être constatées par les livres, la correspondance et même la preuve testimoniale, et qu'enfin elles ne sont pas assujetties aux formalités prescrites pour les autres sociétés ;

« Considérant qu'il est suffisamment établi dans la cause que Lhoste-Renet, chargé de la fourniture des fourrages et accessoires, aux troupes prussiennes, pendant les mois d'avril, mai et juin 1817, d'une part, et Dolfus, chargé de semblables fournitures aux troupes russes, pour les mêmes mois, d'autre part, se sont joint Bidou, ce qui est justifié par le traité spécial du 5 avril 1817, enregistré à Charleville, le 24 février suivant, par les procès civils et criminels auxquels cette association a donné lieu entre les participants, enfin par les livres, pièces et documents soumis aux arbitres, et par le jugement arbitral, commencé le 27 octobre 1829, clos le 5 octobre dernier, dûment enregistré ;

« Considérant que la raison et l'équité, d'accord avec la jurisprudence, indiquent que l'effet des associations en participation est d'obliger les associés les uns envers les autres, pour le résultat de leurs avances respectives, comme pour celui des bénéfices ou pertes, et de les obliger aussi, soit solidairement soit personnellement, selon les circonstances, envers les tiers créanciers spéciaux de la société pour fournitures de fonds et avances employés au service social ; en telle sorte que les créanciers spéciaux ont un droit privilégié sur l'actif de la société, à l'exclusion des créanciers particuliers des associés ;

« Que, s'il en était autrement, les créanciers d'une entreprise de fournitures en participation seraient à la merci des créanciers particuliers porteurs d'obligations personnelles du titulaire, ou des participants, pour cause étrangère aux affaires sociales, inconvénient que le législateur a prévu et évité pour les associations en participation que la loi reconnaît aussi, d'où il résulte que, dans l'espèce, les créanciers particuliers des participants, qui ne peuvent avoir plus de droits que ceux-ci, doivent cesser d'arrêter l'exécution du jugement arbitral, si ce n'est quant aux sommes attribuées à leurs débiteurs, si aucunes il y a ;

« Considérant que les créanciers de la société ont un privilége sur les fonds déposés à la caisse des consignations, et que le surplus doit appartenir à Bidou, aussi par privilége, jusqu'à concurrence des sommes à lui attribuées par le jugement arbitral ;

« Considérant que la compagnie Boubée ne se prétend créancière que de Dolfus seul, et pour causes étrangères à la société en participation dont il s'agit ; qu'ainsi elle ne peut prendre part à la distribution des sommes qui pourraient revenir à son débiteur...

« Adjuge, jusqu'à due concurrence, *aux créanciers spéciaux de la société*, le montant de leurs créances en principal, intérêts et frais, *de préférence* à Dolfus, Lhoste-Renet et Bidou, et *à leurs créanciers personnels.* »

595. Cette solution est assurément conforme à l'équité. Mais était-elle aussi conforme à la rigueur des principes? L'occasion s'offrit, en 1830, d'approfondir la question.

Un sieur Mouroult, propriétaire de terrains dont on ne pouvait tirer un utile parti qu'en les couvrant de constructions, avait formé, pour cet objet, une association en participation avec deux entrepreneurs, les sieurs Vautier et Meslier.

Dans l'acte rédigé sous signatures privées, pour constater la convention, Mouroult déclara mettre les terrains en commun pour 800.000 francs. Vautier et Meslier, par des stipulations expresses, furent chargés de la maçonnerie et de la charpente.

En 1826, Mouroult tombe en faillite ; les associés en participation demandent que le fonds social soit séparé du patrimoine personnel du failli. Les créanciers de l'association se joignent à eux.

L'acte de société avait été enregistré plus de quatre ans avant la faillite : leur position était favorable ; cependant, sur le refus des créanciers personnels de Mouroult de subir ce privilége, le tribunal de commerce décida, par jugement du 25 février 1830, que tous les créanciers auraient un sort égal.

Le jugement est fondé sur les considérations suivantes :

« Qu'une association en participation, quoique reconnue par la loi, présente un caractère distinct des autres sociétés ;

« Que l'être moral qui, dans toute société, existe en dehors de chacun des associés, ne repose, quand il s'agit d'une association en participation, que dans la personne qui, en son propre et privé nom, dirige les opérations de l'association ;

« Que si l'associé gérant doit compte à ses coparticipants de toutes les affaires intérieures de l'association, il est, vis-à-vis des tiers, le seul responsable ; que, lorsqu'il traite avec ces mêmes tiers, au profit de l'association, lui seul exerce les diligences contre eux, de même que, pour les dettes directes de la société, il est le seul qui puisse être recherché ;

« Que le principe d'après lequel chaque associé est tenu des dettes personnelles qu'il a contractées, au sujet de la part qu'il a portée dans l'association, et qui veut qu'il soit tenu de parfaire la portion de mise à laquelle il s'était engagé, n'altère en rien la conséquence de droit ; qu'une fois dans cette association, toutes choses restent ouvertement, à l'égard des tiers, à la charge et conduite de l'associé gérant ; qu'il peut les aliéner, et en réclamer le prix ;

« Que si l'associé gérant a pu donner à des participants telle part qu'il a voulu dans la participation, il ne saurait, quand il y a faillite, priver ses créanciers du droit qu'ils ont sur les biens, surtout quand lesdits biens sont restés ostensiblement sa propriété.

« Que d'un principe contraire il pourrait résulter les plus graves inconvénients pour la sécurité du commerce, puisque, sous le spécieux prétexte d'une association en participation, de sa nature occulte, inconnue des tiers, on pourrait, à tout instant, soustraire à des créanciers un actif grossi à leurs dépens. »

396. Appel. Pardessus, consulté par les créanciers de la participation, s'efforça d'établir, dans un travail soigneusement rédigé, qu'une association en participation est une véritable société ; qu'elle n'est pas moins que toute autre société un être moral, distinct des individus qui la composent ; que conséquemment, l'acte rédigé sous seing privé, enregistré, avait transmis à l'association la propriété des immeubles qui appartenaient originairement à Mouroult seul.

« Qu'une association en participation soit une véritable société, disait-il, c'est chose manifeste. L'orateur du tribunat, en proposant au corps législatif d'adopter le tit. III du livre Ier du code de commerce, l'a expressément déclaré. »

« Enfin la loi (ce sont les termes mêmes du rapport) reconnaît aussi une *espèce de société* qu'on « appelle association en participation ; mais comme « cette association n'est que momentanée, qu'elle n'a « pour objet qu'une ou plusieurs opérations déterminées, et qu'elle se règle par la convention des parties, elle n'est point sujette aux formalités prescrites *pour les autres sociétés*, qui d'ailleurs ont « *toutes* un avantage commun, celui de faire juger « par des arbitres leurs contestations, c'est-à-dire les « contestations qui s'élèvent entre les associés d'une « même société, et pour raison de cette société. »

Merlin, dans des conclusions sur lesquelles a été rendu un arrêt du 28 mars 1815, s'exprimait ainsi sur la question :

« Doit-on considérer comme associés entre eux des « négociants qui font ensemble des opérations de « commerce, de compte en participation ?

« Eh! comment pourrait-on ne pas les considérer « comme tels ? La loi elle-même qualifie d'*association* « le traité qui les lie les uns aux autres.

« Le code de commerce, après avoir dit, art. 19, « qu'il y a trois sortes de sociétés commerciales, la « société en nom collectif, la société en commandite, « la société anonyme ; après avoir, par les articles « suivants, réglé les formes tant intrinsèques qu'extrinsèques, et les effets de chacune de ces espèces « de sociétés, ajoute, art. 47 : *indépendamment des « trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît « les associations commerciales en participation.*

« Assurément il est impossible que des négociants « entre lesquels existe une *association*, ne soient pas « considérés entre eux comme associés.

« Il est vrai que, par l'art. 50, il est dit que *les as« sociations commerciales en participation ne sont « pas assujetties aux formalités prescrites* pour les « autres sociétés.

« Mais cela même prouve que, dans le langage de « la loi, les associations commerciales en participation sont des sociétés véritables. Les mots, *autres « sociétés,* n'auraient point de sens, si, aux yeux de « la loi, ces associations n'étaient pas des sociétés « proprement dites.

« Du reste, il résulte bien de cet article, qu'il n'est « pas nécessaire que les contrats d'*association com« merciale en participation* soient rédigés en actes pu« blics, ou en actes privés faits doubles, ni qu'ils « soient déposés et enregistrés aux greffes des tribu« naux de commerce.

« Mais il en résulte aussi que la loi n'établit de dif« férence entre les associations commerciales en par« ticipation et autres sociétés *qu'en ce qui concerne « les formes tant intrinsèques qu'extrinsèques, ser« vant à constater celles-ci.* »

« La cour de cassation, en consacrant cette doctrine par son arrêt du 28 mars 1815, n'a fait que rendre hommage à la loi.

« Il ne faut pas, en effet, oublier que la définition de la société n'appartient point au droit commercial, et que les principes sur les sociétés ne sont point exclusivement des principes commerciaux. Le code civil régit toutes les sociétés non commerciales, ou commerciales, sans distinction. Seulement, indépendamment des règles générales du droit civil, le code de commerce a établi quelques règles spéciales pour certaines espèces de sociétés commerciales. C'est la disposition de l'art. 18 de ce code. Or, la définition de la société par le code de commerce (art. 1832) s'applique précisément à l'association en participation.

« La société est un contrat par lequel plusieurs « personnes conviennent de mettre quelque chose en « commun, dans la vue de partager le bénéfice qui « pourra en résulter. »

« La participation est-elle autre chose ?

« D'après l'art. 1844, si la société a pour objet une affaire dont la durée soit limitée, elle est aussi contractée pour tout le temps que doit durer cette affaire. N'est-ce pas exactement le caractère de l'association en participation ?

« La loi, les arrêts, les autorités se réunissent donc pour établir que l'association en participation est une société véritable.

« Pourquoi dès lors ne serait-elle pas un être moral, distinct des individus qui la composent ? pourquoi n'aurait-elle pas sa fortune particulière, ses créanciers comme ses débiteurs ? Ce n'est pas sans doute parce qu'elle peut n'embrasser qu'une affaire ; car, selon l'art. 1844 que nous avons rappelé, c'est une circonstance indifférente. Les effets du contrat ne sont pas subordonnés au nombre plus ou moins restreint des opérations auxquelles il s'applique : ils dépendent du but que se sont proposé les parties, et partout où il y a mise en commun d'argent ou d'im-

meubles dans le but de partager le profit qu'engendrera l'exploitation, il y a société, par conséquent être moral.

« Qu'une association en participation diffère des autres sociétés commerciales, en ce sens qu'elle n'est pas assujettie à des formes de preuve aussi rigoureuses, c'est bien vrai; mais qu'y a-t-il de commun entre la forme et le fond? Les associations en participation, parce qu'elles ne doivent point être rendues publiques, sont-elles moins des sociétés? En ont-elles moins le caractère essentiel, et les effets qui dérivent de cette essence?

« Dire, avec le tribunal de commerce, que, dans les associations en participation, l'être moral ne repose que dans la personne qui en dirige les opérations, est un non-sens, repoussé par tous les principes du droit. Ou il y a association, ou il n'y en a pas. S'il y a association, il y a être moral, formé de la réunion de tous les associés, et cet être moral ne peut pas être la même chose que le seul associé qui dirige les opérations. Il faut bien qu'il soit autre chose, puisque cet associé n'est qu'un individu, et que d'après l'article 1832 du code civil, l'association est nécessairement la réunion de plusieurs personnes pour faire une affaire en commun.

« Si l'on a voulu dire que celui des participants qui dirige les opérations s'oblige personnellement envers les tiers, sauf son recours contre les associés; que les condamnations obtenues contre lui frappent l'actif de l'association, et l'engagent, sans que les participants aient été présents dans l'instance; que ceux-ci ne peuvent désavouer le gérant, quand il a obligé, aliéné même le fonds social, sans leur autorisation, rien de plus vrai; mais cela empêche-t-il qu'il existe un être moral? Le code civil ne suppose-t-il pas, art. 1856, qu'un seul associé peut avoir été chargé de l'administration, et qu'alors il oblige la société? Y a-t-il moins société dans ce cas, et être moral distinct de cet administrateur?

« Un gérant peut abuser de ses droits contre les associés, sans qu'ils puissent attaquer pour défaut de pouvoir les actes faits avec des tiers de bonne foi; mais si, au moment où il tombe en faillite, le fonds social subsiste en tout ou en partie, ceux que la qualité de participants rendait copropriétaires avec lui de ce fonds social, ne peuvent pas moins prétendre justement et obtenir que ce fonds social soit, avant toutes choses, employé au payement des dettes de l'association. Admettre le contraire, c'est anéantir l'essence des choses; c'est déclarer qu'une société n'est pas une société.

« Des inconvénients sont attachés, sans doute, à une association, de sa nature occulte et inconnue des tiers; mais il ne faut pas que la crainte d'un mal conduise dans un pire; et c'est un mal extrême de refuser l'application des textes précis de lois, sous prétexte de quelques inconvénients. Selon le droit romain, non-seulement la société était un être moral distinct des individus qui la composent, mais encore, si un négociant avait deux établissements de commerce distincts, les créanciers de chacun avaient des droits exclusifs sur l'actif particulier de ces établissements, par des motifs exprimés dans la loi 5, au Dig., *de Tributoriâ actione*, §§ 15 et 16, *unusquisque credidit socio magis quàm personæ*. Cependant le droit romain n'avait établi aucune condition de publicité; tout était occulte; dans le droit commun, on ne distinguait point par une raison sociale, la société des individus qui concourent à la former.

« Le code civil lui-même n'exige aucune condition de publicité pour les sociétés qu'il régit : toutes les sociétés civiles sont occultes de leur nature.

« C'est aux magistrats de prévenir les fraudes, et d'empêcher que des associations supposées ne deviennent un moyen d'enlever à des créanciers un gage qui s'est accru avec leur fortune; mais quand l'association est prouvée, il est injuste d'en paralyser les effets. »

597. Merlin, consulté aussi sur cette grave question, adhéra complétement aux solutions données par Pardessus.

Pour démontrer que l'association en participation était une société proprement dite, il insista sur la définition donnée, par l'article 1832 du code civil, de la société en général; sur ce que le code de commerce, après avoir écrit, art. 18, que le contrat de société se règle par le droit civil, par les lois particulières au commerce, et par les conventions des parties; après avoir annoncé, art. 19, que la loi reconnaît trois espèces de sociétés commerciales, la société en nom collectif, la société en commandite, la société anonyme; après avoir, dans les articles 20 à 46, réglé tout ce qui concerne les trois espèces de sociétés; ajoute, art. 47 : « Indépendamment des trois espèces « de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associa- « tions commerciales en participation. » Il insista sur ce qu'à la suite des articles 48 et 49 qui s'expliquent, l'un sur la manière de constituer ces associations, l'autre sur celles de les constater, la loi déclare, art. 50, qu'*elles ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés*.

De ces mots, *les autres sociétés*, il concluait que l'article 50 établissait entre l'association en participation, et le contrat de société en général, le même rapport qu'il y a entre l'espèce et le genre; qu'il était dès lors impossible de douter que l'association en participation fût, comme la société en nom collectif, comme la société en commandite, comme la société anonyme, une société véritable, une société régie, même dans les matières commerciales, par toutes les dispositions du code civil, non modifiées par le code de commerce, et qu'ainsi, lorsqu'elle venait à se dissoudre, elle devait être partagée, aux termes de l'art. 1872, de la même manière qu'une succession doit l'être entre cohéritiers, en sorte que chacun des associés retire toute sa part de la propriété commune, et ne supporte que la part des charges dont, en ce moment, elle se trouve grevée.

« Que chacune des espèces de société comprises « dans la définition générale du contrat qui les em- « brasse toutes, ait des règles qui lui sont particu- « lières, il le faut bien, ajoutait-il, puisque, sans « cela, il n'y aurait, et ne pourrait y avoir qu'une « seule espèce de société; mais elles n'en sont pas « moins toutes soumises à la règle générale qui fait, « des fonds mis en commun, un patrimoine particu- « lier à la société, et à toutes les conséquences de « cette règle, c'est-à-dire, à la conséquence qu'à la « dissolution de la société, chacun des associés retire « toute sa part, et ne supporte que sa part propor- « tionnelle des charges; à la conséquence que les « créanciers personnels de chacun d'eux ne peuvent « exercer sur le fonds social que les droits qu'il y a « lui-même; à la conséquence que, si l'un d'eux « vient à faillir, ses associés et les créanciers de la « société peuvent réclamer la séparation du fonds « social d'avec son patrimoine personnel; en un mot, « à la conséquence écrite textuellement dans les lois « romaines, et manifestement supposée par l'art. 1852 « du code civil, que la société forme, à l'égard des « tiers, un être moral complétement distinct de la « personne de chacun de ses membres. »

Ces raisons étaient graves assurément; et la science des jurisconsultes qui les avaient exposées en dou-

blait pour ainsi dire l'autorité. Cependant la cour de Paris confirma le jugement du tribunal de commerce.

Mais pendant que la troisième chambre prononçait cet arrêt (9 avril 1851, Dalloz, XXXI, 2, 127), la première, statuant entre d'autres créanciers dans la même affaire, déclarait, le 2 août 1831, comme elle l'avait fait en 1824, que l'association en participation formait un être moral, comme toute autre société, et que les choses mises en commun étaient le gage des créanciers sociaux, à l'exclusion des créanciers personnels de chaque associé, même de l'associé gérant (Dalloz, XXXI, 2, 208) ;

« Attendu, en droit, que les associations en participation sont légalement permises, aux termes des art. 47, 48, 49 et 50 du code de commerce ; que, dès lors, elles doivent avoir leurs effets relatifs, tant à l'égard des associés qu'à l'égard des tiers, suivant les droits qui leur sont afférents ;

« Attendu, en principe, que le capital social fourni par l'un ou par plusieurs des associés, reçoit alors une destination et une affectation spéciale, et devient naturellement le premier gage des créanciers de la société, indépendamment des actions personnelles que ces créanciers peuvent exercer contre chacun des associés, d'après les conventions sociales ; que dès lors, les créanciers personnels de chacun des associés, et pour des causes étrangères à l'association, ne peuvent avoir d'action à exercer sur le capital social, que pour la portion afférente à celui desdits associés, leur débiteur particulier, dans le résultat de la liquidation de la société ;

« Attendu que ces principes de droit et d'équité, en matière de société, sont également applicables aux associations commerciales en participation, surtout lorsque, comme dans l'espèce, rien ne démontre par les conventions sociales que les parties aient consenti à leur dérogation ;

« Attendu que la violation de ces principes généraux du droit et d'équité donnerait ouverture à une foule de combinaisons insolites, ou frauduleuses, contre lesquelles la foi publique doit être préservée.

598. La cour de cassation fut saisie, et, par deux arrêts du 2 juin 1834 (Dalloz, XXXV, 2, 77) et 19 mars 1838 (Dalloz, XXXIV, 1, 202 ; XXXVIII, 1, 102), elle consacra le système contraire à celui qu'avaient défendu Pardessus et Merlin.

Voici les termes du dernier de ces arrêts :

« La cour, vu l'art. 1873 du code civil, et les articles 48, 49 et 50 du code de commerce ;

« Attendu que si l'on peut considérer comme des êtres moraux les sociétés commerciales, comprises dans l'article 19 du code de commerce, sous les noms de sociétés en commandite, sociétés anonymes, et sociétés en nom collectif, c'est parce qu'elles sont accompagnées de formalités qui les font connaître au public, et sont représentées par une raison sociale, au nom et pour le compte de laquelle se font tous les actes ;

« Qu'il n'en peut être de même des associations en participation, qui, d'après les usages de commerce et l'ordonnance de 1673, auxquels il n'a pas été innové, n'ont aucune publicité, et dont la chose sociale, relativement aux tiers, est légalement la propriété de l'associé administrateur ;

« Qu'en effet, il résulte de l'ensemble des dispositions législatives, ayant cette espèce d'association pour objet, qu'elle est essentiellement représentée vis-à-vis des tiers, par l'associé administrateur qui traite avec eux, en son propre nom, et devient leur débiteur direct ;

« Qu'il suit que l'arrêt attaqué, en jugeant le contraire, a expressément violé les lois citées. » (**Add.** Troplong, n° 82.)

599. Il ne faut pas croire d'ailleurs, comme semble l'indiquer l'annotation de Dalloz que nous avons citée, que la cour de cassation eût jugé le contraire, les 11 mars 1806 et 19 juin 1826.

Dans la première affaire, il s'agissait non d'une association en participation, mais d'un armement en course, dont les actionnaires sont réputés, par les lois de la matière, associés en commandite. L'arrêt déclare que, *quel que fût le contenu de l'acte de participation, il n'en pouvait résulter, pour les créanciers personnels de l'armateur, le droit de s'attribuer tout le produit des prises, parce qu'on ne désigne jamais, dans un acte de participation, les actionnaires d'un armement en course, et que son silence ne pouvait être une preuve qu'il n'en existait pas* (*Bulletin officiel de* 1806, page 82). La cour s'est bornée, comme on voit, à l'application d'une législation spéciale, et qui n'a rien de commun avec les principes qui règlent les associations en participation.

Dans la seconde affaire, la cour d'Aix avait décidé, le 2 mai 1825, que le privilége de prêteur à la grosse, réclamé sur la cargaison d'un navire, ne pouvait être exercé au préjudice des droits d'un associé en participation, quand le participant emprunteur n'était pas le gérant, au moment de l'emprunt.

Cette décision était fondée sur des motifs de fait, bien plus que sur des motifs de droit ; aussi, la cour de cassation, après avoir rappelé les considérations dont la cour d'Aix tire la conclusion, que le prêteur ne peut imputer qu'à sa négligence la perte qui le menace, déclare-t-elle :

« Qu'en décidant, par *suite de cette appréciation de* « *faits et de circonstances*, que le prêteur ne serait « payé du billet de grosse qu'après liquidation définitive des comptes sociaux, et sur la seule portion « qui pourrait revenir à l'emprunteur du net produit « de l'expédition, l'arrêt attaqué *n'a fait qu'une ap-* « *préciation d'actes et de faits*, et n'a violé aucune « loi (Dalloz, XXVI, 1, 361). »

La cour de cassation n'a donc eu rien à rétracter de ses anciennes doctrines ; et quant aux arrêts de 1834 et 1838, ils sont l'application la plus saine et la plus vraie des principes du droit (**Add.** Troplong, n° 500).

600. Tout l'effort de la théorie condamnée par la cour de cassation, a pour objet d'établir une complète assimilation entre la société ordinaire et l'association en participation. Mais ce système pèche par la base ; rien n'est moins semblable que ces contrats.

Les sociétés ordinaires, commerciales ou civiles, forment un être moral, distinct des individus qui les constituent, ayant ses créanciers, ses débiteurs, son patrimoine particulier, contractant comme ferait toute autre personne matérielle. Lors donc qu'une affaire quelconque se fait pour le compte de la société, on ne peut pas dire que c'est tel ou tel associé qui achète, qui vend, qui possède ; c'est la société, l'être moral, qui se compose de tous les associés, mais ne réside dans aucun d'eux particulièrement. Aussi l'opération, quelle qu'elle soit, se fait au nom de la société ; et c'est pour que les tiers sachent à qui ils ont affaire, que la loi, par une disposition impérative, ordonne que les sociétés ordinaires seront rendues publiques. La publicité confère à l'être moral une sorte d'état civil ; elle fait connaître à tous son origine, son domicile, sa capacité, ses ressources.

Dans l'association en participation, au contraire, l'intérêt collectif ne se personnifie point aux yeux des tiers ; il n'y a pas d'être moral qui traite avec eux. L'association concentrée entre ceux qui l'ont con-

tractée, ne sort pas de ce cercle étroit; aucune publicité ne lui est donnée; elle reste inconnue du public. Un seul associé est propriétaire, un seul gère et contracte. Seulement il admet une ou plusieurs personnes à *participer* au résultat de l'opération qu'il soit seul. Mais ce droit de participer aux bénéfices et aux pertes ne confère pas la copropriété aux participants; ils acquièrent seulement la faculté de demander un compte à celui qui est en nom.

C'est une société sans nom social, sans siége, essentiellement occulte et clandestine; il est rigoureusement exact de dire, qu'à l'égard des tiers, elle n'existe pas. Aussi, lorsque des dettes sont contractées à raison de l'association en participation, elles sont à la charge de celui qui les a faites (**Add.** Troplong, n° 502).

Si des assignations sont données au gérant de la participation, elles ne sont pas signifiées à un domicile social, mais bien individuellement à la personne assignée;

« Considérant, porte un arrêt de la cour de Paris, du 31 août 1836 (Dalloz, XXXVII, 2, 20), que les opérations auxquelles se livraient Guibal et Méchin, constituaient, de l'aveu des parties, une association en participation; qu'une association de ce genre, n'étant point réglée par un acte de la nature de ceux dont la loi ordonne la publication, et n'ayant point de siége déterminé, ne peut être assimilée, quant à la compétence, aux sociétés ordinaires; que la disposition de l'art. 69, § 5, du code de procédure civile, qui veut, qu'en matière de société, le défendeur soit assigné, tant que la société existe, devant le juge du lieu où elle est établie, ne s'applique point aux sociétés en participation; qu'à l'égard de ces sociétés, il faut suivre la règle ordinaire, d'après laquelle le défendeur doit être assigné devant le tribunal de son domicile. »

En toutes choses donc, et sous tous les rapports, une différence profonde sépare les sociétés ordinaires, et l'association en participation.

601. On a vu que Pardessus invoquait, à l'appui de la thèse qu'il a défendue, l'opinion formellement exprimée par le législateur, et le texte même du code civil et de la loi commerciale. On ne pouvait chercher un plus frêle appui. Pour qui consulte avec scrupule les procès-verbaux du conseil d'État, il est évident que loin d'établir une assimilation complète entre les sociétés ordinaires et l'association en participation, on a reconnu qu'on ne les pouvait trop soigneusement distinguer.

A la séance du 15 janvier 1807, la discussion s'engage sur la question de savoir si la participation pourra être établie par la preuve testimoniale, entre les parties contractantes, ou s'il faudra exiger qu'elles présentent, avant d'être admises à l'enquête, un commencement de preuve par écrit. L'analyse de cette discussion serait sans intérêt, mais nous appelons l'attention sur ces paroles de Defermon. Un arrêt de la cour de cassation avait été cité, il l'apprécie, et il ajoute :

« Ceci conduit à penser que, peut-être, il convien« drait de rendre plus exactes les définitions conte« nues dans l'art. 48, afin qu'on ne pût jamais con« fondre la société en participation avec la société « ordinaire. Il faudrait dire qu'indépendamment des « sociétés énoncées dans l'article 20, la loi reconnaît « encore la société entre plusieurs pour une seule « affaire. »

A la séance du 20 mars, les sections réunies présentent les observations suivantes :

« Art. 47. On s'est d'abord demandé pourquoi les « associations en participation n'avaient pas été com« prises, comme un quatrième genre de société, dans « l'art. 20, et l'on a reconnu qu'il y en avait eu une « juste raison. C'est que l'association en participation « n'est qu'un marché d'un moment, relatif à quelque « opération passagère, et qu'en cela elle diffère de la « société, dont le lien plus durable forme entre les « associés une communauté d'intérêts continus.

« Pour mieux faire ressortir, à cet égard, l'inten« tion et les motifs de la loi, on pense que cet article « et tous ceux où il est question des associations en « participation, doivent être reportés à la fin du titre, « pour former comme une classe à part... »

Cette proposition fut accueillie.

Enfin, Regnaud de Saint-Jean d'Angely, présentant au corps législatif la rédaction définitive du titre des sociétés, s'exprimait ainsi :

« L'ordonnance de 1673 semblait ne reconnaître « que deux sociétés : la société générale et la société « en commandite; encore les règles de cette dernière « étaient-elles mal établies.

« Les rédacteurs en avaient ajouté deux autres : la « société par actions et la société en participation; et « ainsi en reconnaissaient de quatre sortes.

« Nous les avons réduites aux trois premières, parce « que la société en participation n'étant qu'un acte « passager, qu'une convention qui s'applique à un « objet unique, et ne repose pas sur les mêmes bases, « ne peut avoir les mêmes résultats que les trois « autres genres d'association. »

Comprend-on maintenant pourquoi l'art. 19 du code de commerce, quand il énumère les différentes espèces de sociétés, n'en reconnaît que trois : la société en nom collectif, la société en commandite et la société anonyme? pourquoi les associations en participation sont exclues de l'énumération? pourquoi l'art. 47, après les dispositions qui concernent les trois sociétés reconnues, ajoute, qu'indépendamment des trois espèces de sociétés ci-dessus, la loi reconnaît les associations commerciales en participation?

C'est que, tout en admettant les associations en participation, la loi veut indiquer qu'elles forment un contrat à part, distinct des autres sociétés, soumis à d'autres règles et régi par d'autres principes; c'est qu'elles constituent moins une société qu'une quasi-société, dans laquelle la stipulation règle tout, précisément parce que tout l'effet se concentre entre les contractants.

C'est par ce motif que l'association en participation a été dispensée, par les art. 49 et 50 du code de commerce, de la publicité prescrite aux autres sociétés. Ne serait-il pas absurde, en effet, et contradictoire, si les associations en participation intéressaient le public comme les autres sociétés, si elles pouvaient être opposées aux tiers, si elles constituaient un être moral, ayant ses propriétés à part, ses actions, ses droits, ses obligations, de les soustraire à la nécessité des publications requises, à peine de nullité, pour les sociétés proprement dites? Mais ce qui justifie la clandestinité permise par la loi, c'est que la promulgation du contrat serait sans objet. Qu'importe au public la connaissance des rapports qui se sont formés entre les participants, quand, à l'égard des tiers, tout git et se concentre dans la personne qui traite avec eux, au son propre et privé nom, sauf à rendre à ses associés un compte ultérieur?

L'inconséquence du système contraire est flagrante.

Pour les sociétés ordinaires, il y a nullité, par cela seul qu'elles n'ont point reçu la publicité prescrite par la loi, alors même qu'elles auraient été constatées par un acte authentique; et, relativement à la participation, il suffirait, pour créer un contrat inattaquable, d'un acte sous seing privé, d'une lettre, d'un registre inopinément exhumés et présentés aux tiers qui n'en soupçonnaient pas l'existence. Pourquoi tant

de sollicitude dans le premier cas, tant d'incurie dans le second? La protection que réclament les tiers, doit-elle varier selon la nature de la société? Le danger pour eux n'est-il pas le même, quand il n'y a pas de publicité? Y a-t-il une raison de les garantir contre les conséquences de la clandestinité, quand il s'agit de société en nom collectif ou en commandite, qui ne s'applique au cas où l'on oppose une association en participation?

602. Voyez à quel résultat on arrive! Un négociant paraît riche; il a des capitaux, des immeubles; il offre ostensiblement toutes les garanties auxquelles la confiance s'attache, et quand, abusant de la sécurité des tiers, il a contracté envers eux des dettes considérables, une société en participation apparaît, que le débiteur avait dissimulée, et le gage des tiers est anéanti!

Le danger inverse peut exister : il peut arriver que l'associé qui traite avec les tiers, contracte des engagements au détriment de la participation. Mais quelle différence de position dans les deux hypothèses! Si les participants souffrent un préjudice, ils ne peuvent l'imputer qu'à eux-mêmes. Personne ne les forçait à contracter une association en participation. En suivant la foi du gérant aux mains duquel la chose commune devait être laissée, ils savaient quel danger en pouvait résulter pour eux. Quel moyen, au contraire, pour les tiers, traitant avec un négociant engagé dans une société qui leur est inconnue, qu'ils ne pouvaient pas soupçonner, de se garantir d'un piége si bien caché? Les associés ne peuvent se plaindre d'une condition qu'ils se sont faite volontairement. Les tiers, au contraire, seraient victimes d'erreurs inévitables.

Un autre inconvénient du système de Pardessus, c'est l'impossibilité de distinguer les dettes sociales des dettes personnelles de celui qui contracte seul, en son propre nom, pour les opérations de l'association en participation. Comment s'assurer que l'argent emprunté, pendant la durée de la société, aura été employé à ses affaires? En faudra-t-il croire l'emprunteur sur sa parole, et dépendra-t-il de son caprice de faire à deux créanciers, qui ont traité dans les mêmes conditions, qui l'un et l'autre ont compté sur le crédit apparent de leur débiteur, une position entièrement différente?

Non : les règles générales de la convention de société ne peuvent pas être appliquées à l'association en participation; c'est un contrat à part, ayant ses règles spéciales, concentré entre ceux qui stipulent, inconnu des tiers, n'important au public en façon quelconque; ce n'est pas une société proprement dite; et à moins d'exposer les tiers à des chances incompatibles avec l'esprit général de la loi sur les sociétés commerciales, il faut décider que, si le gérant de l'association tombe en faillite, tous les créanciers, sans distinction d'origine, sont appelés également à recueillir les débris de son patrimoine.

603. Une autre question sur laquelle s'est élevé un dissentiment assez difficile à comprendre, est de savoir si les participants sont soumis à la solidarité pour tous les engagements qui concernent l'association en participation.

Ce qui distingue, comme on vient de le voir, l'association en participation des sociétés commerciales proprement dites, c'est qu'elle ne forme point d'être moral, qu'un seul associé administre et contracte en son nom, qu'il vend, achète, possède et stipule personnellement, sauf à rendre compte à ses associés du résultat de ses opérations.

Comment, dès lors, obligerait-il des associés que les tiers ne connaissent pas, avec lesquels ils ne traitent pas, même indirectement, et dont ils peuvent, s'ils y ont intérêt, méconnoître les droits?

Lorsqu'on examina, dans les discussions du conseil d'État, ce qu'il convenait de résoudre sur ce point, quelques membres, Merlin, entre autres, inclinoient pour la solidarité; Regnaud de Saint-Jean d'Angely repoussa cette proposition, comme *subversive des principes*.

« Le refus du recours contre les associés en participation, dit-il, ne sauroit tromper la foi publique, puisque le vendeur n'a connu que celui avec lequel il a traité directement et n'a pas compté sur une autre garantie... Le vendeur ne peut avoir pour garants que ceux auxquels il a directement vendu. On ne peut se relâcher de ce principe, sans entraver les opérations du commerce, et ôter au commerce ses ressources. Les capitalistes, pour l'ordinaire, répugnent aux embarras, et ne consentent à mettre leurs fonds dans le commerce, que lorsqu'ils sont certains de ne se trouver engagés dans aucune contestation avec des tiers. S'ils pouvaient craindre d'être compromis par ceux avec lesquels ils ont des rapports, et mis en cause, ils feraient un autre emploi de leurs capitaux. »

La cour de cassation a consacré cette doctrine par de nombreux arrêts.

La cour de Paris avait décidé, le 8 janvier 1819, qu'il n'y avait pas solidarité entre les associés en participation, pour l'acquittement des obligations contractées par l'un d'eux, en vue de l'association;

« Attendu, en droit, que les membres d'une société en participation ne sont point solidaires; que leurs arrangements particuliers ne regardent qu'eux, et sont étrangers aux tiers, qui n'ont d'action que contre le membre de la société avec lequel ils ont traité, et non contre les autres, à moins que ceux-ci ne se trouvent redevables à la société de quelque chose, auquel cas ils peuvent agir contre eux, jusqu'à concurrence de la somme due, non pas de leur chef, mais comme exerçant le droit de l'associé, leur débiteur. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté, le 9 janvier 1821, par ce motif :

« Que l'arrêt attaqué, en déclarant, en droit, que les membres d'une société en participation n'étaient point solidaires, et n'étaient tenus que de leurs engagements personnels, loin de violer les dispositions du code de commerce, et notamment les art. 18 et 48 dudit code, s'y était exactement conformé... » (Dalloz, tome XII, page 145.)

La même doctrine se retrouve dans un arrêt de cassation du 7 mars 1827 (Dalloz, XXVII, 1. 161), et dans un arrêt de rejet du 8 janvier 1840 (Dalloz, XL, 1, 32) :

« Attendu, porte ce dernier arrêt, que la loi n'établit point de solidarité nécessaire entre les participants; que, par sa nature, l'association en participation ne soumet les participants qu'aux obligations qui résultent des conditions convenues entre eux; que la solidarité ne se présume pas; que, dans l'espèce, Murel, ayant seul contracté, n'a obligé que lui seul. »

La cour de Paris, fidèle à la théorie qu'elle avait embrassée en 1819, a encore jugé, le 22 novembre 1834 :

« Qu'en matière d'association en participation, la solidarité des participants ne résulte pas de la loi; qu'elle ne pourrait provenir que des conventions particulières entre les associés participants. » (Dalloz, XXXV, 2, 77.)

Rien n'est donc mieux établi que ce point de doctrine (**Add.** Troplong n° 826).

Ce qui ne l'est pas avec moins de certitude, c'est que, si les participants ont, par un même acte,

acheté des marchandises en commun, et sans division d'intérêt, ils sont tenus solidairement du payement du prix.

La cour de Paris l'a décidé, par un arrêt du 24 février 1812 (Dalloz, tome XII, page 145); la cour de Bordeaux, par trois arrêts des 19 juillet 1830, 31 août 1831, et 25 février 1836 (Dalloz, XXXI, 2, 74; XXXII, 2, 20; XXXVI, 2, 174); et la cour de cassation, par un arrêt du 18 novembre 1829 (Dalloz, XXIX, 1, 413).

Toutes les fois qu'il y a eu concours des associés participants à l'acte fait avec les tiers, et que l'opération s'est faite indivisément, la solidarité peut être exercée. Le créancier, qui a dû compter sur la solvabilité de tous ceux avec lesquels il a traité, a le droit d'exiger que la dette soit acquittée, comme elle a été contractée, sans division (**Add.** Troplong, n° 853).

Mais que faudrait-il décider dans le cas où, les participants opérant ensemble, un engagement relatif à l'opération commune aurait été contracté par l'un d'eux seulement?

604. Selon Pardessus, si le créancier prouve l'existence de l'association en participation, et l'application des fonds qu'il a fournis à l'opération commune, l'action solidaire lui appartient contre l'un et l'autre des participants.

« C'est en cela, ajoute-t-il, qu'une participation « diffère essentiellement de la société ordinaire; dans « celle-ci, tous les associés sont tenus solidairement, « que les emprunts faits sous la raison sociale aient « ou n'aient pas été employés au profit commun; au « lieu que dans l'association en participation, la « preuve de cet emploi est nécessaire pour fonder « l'action du créancier contre ceux des associés qui « n'ont pas contracté avec lui. » (Tome III, page 137, n° 1049.)

La cour de Limoges a consacré cette opinion par un arrêt du 19 juillet 1839 :

« Attendu qu'il peut être vrai, en général, que la solidarité doit être stipulée, quand il s'agit d'association commerciale en participation, mais qu'il y a dérogation à cette règle générale, toutes les fois que les coparticipants ont notoirement et publiquement opéré comme tels, et que les tiers qui ont contracté avec l'un d'eux prouvent que les objets par eux fournis étaient nécessaires à l'exploitation formant l'objet de la société; que ces objets sont entrés dans l'actif de la société, et ont été employés au profit commun de tous les associés. » (Dalloz, XL, 2, 76.)

On lit également, dans un arrêt de la cour de cassation, du 26 mars 1817 :

« Que la cour royale ayant reconnu que les lettres « de change, dont le payement était réclamé, avaient « été souscrites pour fourniture de charbon de terre « nécessaire à l'exploitation de la verrerie, formant « l'objet de la société, la condamnation solidaire « avait pu être prononcée contre tous les associés. » (Dalloz, t. XII, 144.)

Cette doctrine est inadmissible.

Dans les rapports que la participation engendre entre les associés et les tiers, les engagements ne peuvent être contractés que sous l'une ou l'autre de ces formes; ou un seul des associés participants traite et s'oblige en son nom personnel, ou les deux associés traitent et s'obligent en commun.

Que, dans le dernier cas, il y ait solidarité, c'est la conséquence du principe invariablement appliqué dans les matières de commerce, qu'une opération commerciale, faite sans division, par plusieurs, entraîne une obligation solidaire.

Mais, dans le premier cas, quand le tiers n'a connu que l'associé participant avec lequel il a traité; quand il s'est contenté de cette seule garantie, de quel droit s'attaquerait-il aux autres associés qui ne se sont obligés envers lui, ni directement, en concourant à l'opération; ni indirectement, en stipulant dans la convention qui les lie à l'associé dont la dette procède, que tous engagements contractés en vue de l'association en participation seraient solidaires entre eux?

Pardessus allègue deux raisons que l'arrêt de Limoges reproduit :

1° L'application à la chose commune des résultats de l'engagement;

2° La circonstance que l'associé participant contre lequel l'action solidaire est dirigée, concourt avec le signataire de l'engagement à la gestion de l'affaire commune.

La première de ces raisons est sans force. En se renfermant, en effet, dans les principes généraux en matière de société commerciale, il est constant que l'emploi fait par un des associés des sommes qu'il emprunte, ou des marchandises qu'il achète, ne confère pas au créancier porteur d'un engagement individuel, le droit de poursuivre les autres associés.

Dans la société en nom collectif, où la solidarité est le droit commun des associés; où, par la force du principe, chacun contracte et s'oblige directement par l'associé chargé de la gestion des intérêts communs, si le gérant stipule en son nom personnel, et que les termes de l'engagement ne suppléent point à l'absence de la raison sociale, l'action du tiers est limitée à la personne dont il a accepté la signature. Vainement alléguerait et prouverait-il que les fonds ont tourné au profit de la société; que, par exemple, ils ont servi à payer sa dette; cette circonstance, toute favorable qu'elle est, ne transformerait point en action sociale l'action personnelle qui naît du titre; il n'en résulterait pour lui que la faculté de venir, au nom de son débiteur et comme exerçant ses droits, demander que la société lui paye, comme elle payerait à l'associé lui-même, une somme équivalente au profit qu'elle a recueilli.

Il serait superflu de rappeler les motifs sur lesquels est fondée une théorie qui ne trouve plus de contradicteurs.

Pourquoi donc, en matière d'association en participation, faudrait-il adopter une solution différente? Pourquoi n'appliquerait-on point à un contrat exclusif de la solidarité, ce qu'on a jugé compatible, en principe, avec la convention dont un des éléments essentiels est l'action solidaire? Pourquoi la circonstance que la société a tiré profit de l'opération, n'engendrerait-elle, en un cas, que l'action *de in rem verso*, quand elle produirait dans l'autre la solidarité?

La raison tirée de ce que le participant contre lequel on poursuit le payement d'une obligation qu'il n'a pas souscrite, concourt à l'exploitation des affaires communes, ne peut influer sur la solution. Est-ce que, en effet, la condition du créancier est modifiée par cette circonstance? Est-ce que son titre souscrit du nom d'un des participants, et sans indication qui le rattache à la chose commune, cesse d'être un engagement individuel, parce qu'à côté du signataire se trouvent placés des associés qui, chacun dans leur sphère, donnent leurs soins à l'opération, dans la vue de laquelle s'est formée l'association en participation?

La jurisprudence a proclamé définitivement, et sans retour, qu'à moins de convention contraire, l'engagement que le gérant de l'association en participation contracte en son nom personnel, n'entraîne pas de solidarité, encore bien que l'intérêt de l'association

en ait été la cause. Les arrêts de la cour de cassation, que nous avons cités, sont d'une précision qui n'admet pas la controverse. Ou cette doctrine est fausse, ou il faut reconnaître que, quelle que soit la condition respective des associés participants, lorsque tous concourent à la gestion de l'association, ou qu'un seul en porte le poids, les titres souscrits par l'un ou par l'autre, en son nom personnel, n'autorisent pas l'action solidaire. C'est la même raison de décider, dans les deux cas, c'est-à-dire, que le tiers n'ayant connu que le participant avec lequel il a traité, et s'étant contenté de la garantie qu'il lui offrait, ne peut étendre l'exercice de son droit à des associés dont l'existence ne lui était pas révélée; c'est qu'en supposant l'association notoire, le créancier qui n'a pas exigé le concours et l'engagement de tous les associés, ne peut, après coup, se faire une position que celle qu'il avait acceptée, quand il a livré son argent ou ses marchandises.

Tout ce qui résulte légalement du concours de plusieurs des participants à l'opération qui a fait l'objet du contrat, c'est qu'ils ont chacun des comptes à se rendre; c'est que chacun doit apporter au centre commun les bénéfices dont le partage est le but de la réunion. Mais cela ne regarde pas les tiers. C'est dans la forme de l'engagement qu'est la mesure de leurs droits; personnelle, si le titre est l'œuvre d'un seul participant, l'action est solidaire, si tous ont pris part à sa confection; mais elle n'est solidaire qu'à cette condition (**Add.** Troplong, nos 776 et suiv.).

605. Quant à l'arrêt de la cour de cassation, du 26 mars 1817, qui semble favorable à l'opinion contraire, il suffit d'y jeter les yeux pour se convaincre que ce n'est pas un arrêt de principe.

La cour de Paris, dont la décision était attaquée, avait jugé que l'associé, poursuivi solidairement en payement d'une dette sociale, et auquel, bien à tort assurément, elle avait attribué la qualité de participant (puisqu'il s'agissait de l'exploitation d'une verrerie, qui ne pouvait faire l'objet que d'une société en nom collectif), « était notoirement connu pour être le « bailleur de fonds; que la manufacture ne marchait « que par son crédit, et par la confiance qu'il inspi« rait seul aux fournisseurs qui suivaient sa foi;

« Qu'il s'était réservé la surveillance de la caisse; « que tous les achats et ventes lui devaient être sou« mis pour recevoir son approbation;

« Qu'il devait toucher les rentrées effectives, soit « en espèces, soit en billets qui proviendraient des « produits de la remise;

« Que les comptes devaient être arrêtés chaque « mois, les inventaires régulièrement faits chaque an« née, et lui être soumis;

« Que les fournisseurs avaient dû le regarder « comme le gérant de fait, d'autant plus que la ma« nufacture était entièrement sous son influence, ne « marchant que par son crédit; qu'il était vraiment « le régisseur et le chef de l'établissement;

« Que le bénéfice de l'établissement n'avait été pro« fitable qu'à lui. »

L'arrêt avait conclu de ces faits, que l'associé devait, quoiqu'il n'eût pas donné sa signature, payer des lettres de change souscrites pour une fourniture de charbon de terre.

C'est le pourvoi formé contre cette décision que la cour de cassation a rejeté le 26 mars 1817;

« Attendu qu'il avait été reconnu par la cour de « Paris que les lettres de change avaient été sous« crites pour fourniture de charbon de terre néces« saire à l'exploitation de la verrerie formant l'objet « de la société; que, dès lors, la condamnation soli« daire avait pu être prononcée contre les associés... »

La rédaction de cet arrêt laisse quelque chose à désirer, sans doute; mais ce qui a déterminé la cour de cassation, c'est évidemment l'ensemble des faits constatés par la cour royale. Ne suffisait-il pas, pour justifier l'arrêt attaqué, de cette circonstance, que l'associé contre lequel une action solidaire était exercée, présidait à toutes les opérations, qu'il était le gérant et le chef de l'établissement, que rien ne se faisait sans son ordre; que conséquemment, s'il n'avait pas signé les traites, il avait ordonné de les signer; ce qui engageait au même degré sa responsabilité? (**Add.** Troplong, no 781.)

Les arrêts rendus postérieurement par la cour de cassation, ne permettent pas de donner une autre interprétation à celui-ci, ou elle serait tombée dans une flagrante contradiction; ce qui ne doit pas se supposer.

En somme donc, c'est une erreur de prétendre que, si les associés en participation concourent tous à l'opération qui fait l'objet de la société, il y a solidarité, quoique l'engagement ait été signé par un seul d'entre eux, en son nom personnel. La solidarité ne peut être exercée que lorsqu'ils se sont tous obligés conjointement.

606. Lorsqu'on lit l'article 48 du code de commerce, qu'on en rapproche la discussion du conseil d'État, les définitions données par Savary et par Pothier, sous l'ordonnance à laquelle il n'a pas été innové, comme l'a déclaré la cour de cassation, dans son arrêt du 19 mars 1838, rien ne semble plus facile que de poser la limite entre les sociétés ordinaires et l'association en participation, et de déterminer le caractère relatif de ce dernier contrat, ses conditions et sa portée.

Ainsi, les sociétés ordinaires ont pour objet le commerce, l'exploitation d'une branche d'industrie, une communauté d'intérêts continus; l'association en participation se borne à des opérations déterminées, et dont l'objet existe au moment de la convention. Les premières embrassent tous les faits prévus et non prévus, que peut amener le mouvement des affaires; la seconde ne s'étend point au delà des faits certains qui ont engagé les parties à se réunir. Les sociétés ont une aussi longue durée qu'il plaît aux contractants; la participation cesse avec l'affaire qu'elle a pour but de réaliser; elle peut finir le jour même de sa naissance. Tels sont les enseignements de la théorie.

Comment donc, avec des caractères aussi nettement tranchés, peut-il s'élever un doute sur la classe à laquelle appartient une convention de société? Comment la simple participation peut-elle être confondue avec la société proprement dite? Est-ce qu'il peut exister des faits dont la nature équivoque et mal définie, résume également les conditions de la société ordinaire, et de l'association en participation? Est-ce que l'objet de la convention, son but, et l'exécution qu'elle reçoit, ne fixent pas nécessairement toutes les incertitudes?

Cependant les arrêts offrent, sur ce point, les plus étranges contrariétés. Les mêmes faits sont considérés ici, comme constituant une société collective; là, une association en participation; et la cour de cassation, dont le devoir est de maintenir la règle, semble en abandonner l'application aux cours royales, sur le motif que leurs décisions se réduisent à des appréciations d'actes et de conventions; comme s'il était possible que des mêmes faits résultât indifféremment une société en nom collectif, ou une association en participation.

En commentant l'art. 20 du code de commerce, nous nous sommes efforcé de montrer le danger d'une jurisprudence qui énerve l'action des lois, et

laisse flotter la règle au vent de l'équité; nous y reviendrons encore. C'est un devoir de combattre sans ménagement des doctrines qui tendent, en confondant tous les contrats, à blesser tous les intérêts.

C'est, en général, de l'inobservation des formalités, que sont nées les discussions sur le caractère des conventions de société. Ainsi, une société s'est formée sans écrit, ou bien les formalités de publication n'ont pas été remplies, l'un des associés veut rompre le lien qui l'enchaîne. Si la société est collective, il en a le pouvoir; l'art. 42 du code de commerce la lui confère expressément. Il peut se dégager pour l'avenir des conséquences d'un acte nul. Si, au contraire, c'est une simple association en participation, l'absence ou l'irrégularité des actes ne nuit point à la convention; de quelque manière qu'elle soit prouvée, elle est valable entre les parties, et obligatoire jusqu'à la réalisation du but qu'elles se sont proposé.

607. Il y a grand intérêt dès lors à déterminer la nature de la convention.

De même, si un débat s'engage entre les parties, sur l'existence de la société, c'est une chose fort différente qu'il s'agisse de société collective, ou d'association en participation. Dans le dernier cas toutes les preuves sont admissibles; dans le premier, la loi exige un acte écrit; à défaut, l'enquête ne peut être ordonnée sans un commencement de preuve par écrit.

Pour les créanciers, l'intérêt n'est pas moindre. En cas de société collective, par exemple, la dissolution ou totale ou partielle avant le terme stipulé, n'est opposable que si les conditions de publicité ont été scrupuleusement accomplies. S'il n'y a qu'association en participation, la volonté qui suffit à la formation du contrat suffit à le résoudre, et pourvu qu'il soit établi que les parties ont mis fin à leurs rapports, les créanciers ne peuvent tirer parti du défaut de notoriété.

On comprend que, dans des contestations de ce genre, la mauvaise foi peut jouer un grand rôle. La dénégation de la société peut avoir pour cause le désir de l'un des associés de s'emparer exclusivement des résultats de la collaboration commune. La volonté de rompre les conventions qui s'exécutent peut aussi être déterminée par des motifs non moins fâcheux; alors l'équité sollicite la conscience du juge; elle plie les faits, elle sait leur donner une physionomie qui permette d'arrêter ou de punir les fraudes, et c'est ainsi qu'au grand dommage de la loi, les plus étranges contradictions se manifestent dans les arrêts.

608. Nous en citerons un remarquable exemple. Le 19 février 1822, la cour royale de Paris décide qu'une convention formée pour l'exploitation de bains publics, pendant 15 ans, ne constitue qu'une association en participation. Le 29 janvier 1841, elle juge que l'exploitation d'un théâtre, pendant un nombre d'années limité, ne peut être l'objet que d'une société en nom collectif ou en commandite.

Dans le premier cas, le motif de l'arrêt est qu'il s'agit d'une opération spéciale et déterminée. Dans le second, que l'exploitation établit forcément entre les associés une communauté d'intérêts continue.

Or, sérieusement, est-ce qu'entre ces deux espèces il y a des différences réelles? Est-ce que si l'une ne présente qu'une opération spéciale et déterminée, il n'en est pas de même de l'autre? Est-ce que l'exploitation d'une maison de bains a quelque chose de plus spécial et de plus déterminé que l'exploitation d'un théâtre? Est-ce qu'à la nature près des éléments nécessaires à ces exploitations, quand la durée en a été fixée, elles n'imposent point aux associés la même succession d'engagements, le même imprévu, les mêmes chances?

Nous n'avons pas besoin de dire que l'arrêt du 19 février 1822 est diamétralement contraire au principe de l'association en participation. Nous croyons l'avoir démontré sans réplique dans l'examen que nous en avons fait, en exposant les conditions relatives de la société collective et de la participation; nous voulons seulement faire remarquer que ce qui était vrai en 1822 ne pouvait être faux en 1841; que la position était exactement la même; qu'il s'agissait également d'un de ces faits qui, se prolongeant dans l'avenir, subissent le reflet des événements et se modifient avec eux; et que ce n'est qu'en substituant à la règle, l'arbitraire et le caprice d'une insaisissable équité, que des solutions différentes ont été rendues (**Add.** Troplong, nos 497 et suiv.).

609. En thèse générale, il y a, dans chaque convention, un caractère qui lui est propre, ce qu'on appelle son essence, son principe constitutif.

L'essence de la vente est qu'il y ait chose, prix et consentement.

L'essence de la société commerciale en nom collectif, est qu'il y ait mise en commun de capitaux ou de marchandises pour faire le commerce, et partager le bénéfice qui pourra en résulter.

L'essence de l'association en participation est qu'une opération déterminée, prévue, réunisse les volontés et les efforts des contractants.

C'est à ces signes que se reconnaît chacun de ces contrats : c'est dans ces conditions qu'il puise sa vie, sa force exécutoire, ses effets.

Vainement les parties contractantes essayeraient de les modifier. On peut modifier ce qui est de la nature des contrats, c'est-à-dire, en respectant leur principe, en détacher, en changer quelques effets. On peut stipuler, quand on fait une vente, qu'on ne sera pas soumis à la garantie, quoique la garantie soit de la nature de la vente : on peut, en matière de société, où la loi recommande l'égalité de position, convenir que les gains ou les pertes se répartiront dans des proportions différentes; mais on ne modifie point l'essence des conventions; en ce cas, modifier, c'est détruire. Une convention n'a plus d'existence légale, quand on enlève le signe particulier dont la loi l'a marquée. Il n'y a pas de vente sans chose et sans prix; il n'y a pas de société en nom collectif, si la réunion n'a pas pour objet de faire le commerce, sous une raison sociale; il n'y a pas d'association en participation, si le dessein des contractants est de faire, dans un certain genre de commerce, toutes les opérations qu'amènera le mouvement des affaires.

610. Peu importe donc, quand il s'agira d'apprécier une convention de société, quelles stipulations auront eu lieu. Ce n'est pas à ce qui a été dit et écrit, mais à ce qui a été fait, qu'il faut s'attacher, pour déterminer le principe du contrat, et en préciser les effets.

La cour de Poitiers a jugé, le 11 mai 1825 (Dalloz, XXVI, 2, 39), que, lorsque des ouvriers s'étaient associés pour fabriquer et vendre un instrument propre à soutirer le vin, c'était une simple participation, et qu'il fallait appliquer les règles particulières à ce genre de contrat, encore bien que les parties eussent déclaré former une société collective, et qu'une raison sociale eût été établie.

Cette décision est sage. La convention n'ayant pour objet qu'un acte passager, une opération déterminée, unique, ne pouvait être regardée que comme une association en participation, non sujette aux formalités prescrites par l'art. 42 du code de commerce. Les dénominations ne peuvent l'emporter sur le fond des choses.

De même, si une société en nom collectif s'est cachée sous le voile d'une association en participation, chacun des associés, à toute époque, sera libre de rompre ses liens. On ne lui pourra pas opposer, comme fin de non-recevoir, la part qu'il aura prise à la rédaction de l'acte où les contractants ont déposé leur volonté. L'essence des choses ne se plie point au caprice des parties; et dès qu'en réalité, la société est en nom collectif, chacun peut invoquer la nullité attachée par la loi commerciale à l'inobservation des formalités de publicité. L'ignorance, ou volontaire, ou calculée des dispositions légales, n'en excuse pas la violation.

Partout donc où la convention établit une communauté d'intérêts continue, où elle réclame pour son exécution des engagements successifs, où elle embrasse toutes les chances, prévues ou non, qui peuvent assorer son succès; où les spéculations heureusement terminées deviennent la cause et l'aliment de spéculations nouvelles, où toutes les affaires que comporte un genre déterminé de commerce et d'industrie entrent dans les combinaisons du contrat, il y a société collective. La qualification contraire donnée par les parties est entièrement indifférente.

Ainsi on a jugé avec raison qu'une société contractée pour le commerce des bestiaux, sans limitation de temps, ne pouvait constituer une association en participation:

« Attendu que la convention était formée, non pour une ou plusieurs opérations commerciales déterminées, et alors déjà nées et connues, mais au contraire pour l'exploitation, pendant une durée de plusieurs années, d'une branche de commerce, à laquelle Raphaël Blum se livrait déjà précédemment, et pour laquelle il était régulièrement patenté;

« Que les opérations à faire étaient imprévues, devaient être successives, et selon les éventualités qui se présenteraient pendant cette période de six années, et dès lors devaient aussi nécessairement créer entre les associés une communauté intime et continue d'intérêts;

« Qu'une association formée dans de pareilles conditions ne saurait être classée dans celles définies par l'article 48 du code de commerce, et s'écarte entièrement des termes et surtout de l'esprit de cet article;

« Qu'elle caractérise, au contraire, par son objet, sa durée, ses éventualités, une véritable société en nom collectif, encore qu'aucune raison sociale n'ait été adoptée par les associés, cette condition n'étant pas de l'essence même de la convention, et son omission ne pouvant en détruire le véritable caractère, surtout à l'égard des tiers. » (Colmar, 15 février 1840; Dalloz, XLI, 2, 38.)

Un arrêt du 5 mai 1829, de la cour de Bordeaux, juge la question dans le même sens (Dalloz, XXXIII, 2, 151).

Il a été aussi jugé par la cour de Caen, les 8 juin 1836 et 13 janvier 1841, qu'une société formée pour une exploitation de messageries, ne pouvait être une association en participation:

« Attendu qu'en fondant un établissement de messageries, les parties entendaient faire indéfiniment toutes les opérations que le cours des choses pourrait successivement amener, pendant 3, 6 ou 9 ans, dans la branche de commerce pour l'exploitation de laquelle elles s'étaient unies; que, par conséquent, ces opérations embrassaient une grande série d'affaires dans un genre particulier d'industrie, et établissaient entre les parties une succession prolongée de relations, une communauté d'intérêts continue...

« Que de telles combinaisons ne peuvent convenir à une société en participation, qui doit être limitée, quant à son objet, par le nombre et l'étendue des opérations en elles-mêmes; quant à sa durée, par le temps nécessaire pour accomplir ces opérations; qui n'a pas d'assiette, et cesse d'exister dès que l'affaire particulière pour laquelle elle a été formée est finie; qui enfin n'établit entre les participants que des rapports passagers, sans continuité d'intérêt, sans succession d'opérations, sans suite... » (Dalloz, XL, 2, 132; XLI, 2, 99.)

Ces citations suffisent pour marquer toute la différence qui sépare la société en nom collectif de l'association en participation (**Add.** Troplong, n°s 496 à 501).

611. Est-il vrai maintenant que si, dénaturant la convention, un arrêt tire, de stipulations qui constituent la société en nom collectif, une association en participation, est-il vrai que la cour de cassation n'aura rien à y voir, par le motif que c'est une simple appréciation d'actes et de contrats?

Deux arrêts l'ont ainsi décidé; l'un, le 7 décembre 1836; l'autre, le 8 janvier 1840 (Dalloz, XXXVII, 1, 219; XL, 1, 19). Nous ne reviendrons pas sur les réflexions que nous a suggérées cette doctrine (*suprà*, n° 213). Nous nous bornerons à répéter qu'elle est fausse autant que dangereuse.

Si les cours royales ont le pouvoir d'interpréter souverainement les conventions, et d'en fixer non-seulement le sens et les effets, mais le caractère même, ce droit ne leur appartient qu'à une condition: c'est que les conventions n'aient pas reçu de la loi même leur qualification, et qu'elle n'y ait point attaché des effets déterminés. Quand la loi a parlé, le juge ne peut que l'appliquer, et, s'il manque à ce devoir, le premier qu'il ait à remplir, il est sujet à la censure.

Voilà la règle, telle que l'a faite une jurisprudence invariable; règle nécessaire, si on ne veut livrer au mépris les dispositions qui définissent les contrats, et en fixent les conditions. Autant il peut convenir que le juge du fait résolve sans contrôle les difficultés que fait naître la rédaction imparfaite des actes, autant il serait dangereux d'admettre qu'après avoir reconnu les éléments constitutifs d'une certaine stipulation, il peut, sous couleur d'interprétation, lui refuser l'application et les effets que la loi y a attachés.

Ainsi, que le juge, tronquant ou pervertissant les actes qui lui sont soumis, déclare qu'il n'y a pas de garantie dans une vente, quand cependant la garantie a fait l'objet d'une promesse positive, il abuse de son droit, mais il en abuse impunément; la loi n'est pas violée par ce mensonge; il ne blesse que l'intérêt du plaideur. Mais qu'après avoir constaté qu'il y a stipulation de garantie, et sans exprimer qu'il y a eu renonciation à la clause, ou que son effet est paralysé par quelque autre exception, il refuse de prononcer les condamnations qui suivent la garantie, ce n'est plus la convention qu'il blesse, c'est la loi qui définit et règle la garantie. L'arrêt qui reconnaît le fait, et en dénie les conséquences, ne peut éviter la censure.

Ces principes, nous le répétons, ne sont pas contestables.

Si donc, interprétant les actes et les faits dont l'appréciation lui appartient, un tribunal décide qu'il n'en résulte point une association en participation; que, par exemple, la concession d'une part de bénéfices dans une entreprise déterminée n'a eu pour cause que la volonté de donner (arrêt de cassation, 2 juillet 1833; Dalloz, XXXIII, 1, 313); qu'il ait ou non commis une erreur, il n'importe. Il peut y avoir un vice de raisonnement; mais la loi n'est pas violée;

elle ne peut régir un contrat que le juge a déclaré ne point exister.

612. Mais comment un arrêt qui constate, en fait, que la convention de société a pour objet, non une ou plusieurs opérations déterminées, mais une branche de commerce, une industrie particulière, avec tout le développement qu'elle comporte, peut-il, sans violer la loi, décider que cette convention ne crée qu'une participation? Est-ce que l'essence de l'association en participation est compatible avec l'exploitation d'une maison de bains, par exemple, ou une fabrication d'équipements militaires pendant huit années (arrêt du 7 décembre 1820); ou une confection d'espèces monnayées avec affinage d'argent, pendant un temps plus ou moins long (arrêt du 8 janvier 1840)? Est-ce que ce ne sont pas là des genres de commerce et d'industrie, dont l'exploitation a lieu sans limitation, selon le cours des affaires? Est-ce qu'il n'en résulte pas une série indéfinie d'opérations qui s'enchaînent et s'engendrent respectivement? Est-ce qu'il n'y a pas là réunion des éléments qui constituent la société en nom collectif?

Il ne faut pas dire que le code de commerce n'ayant pas défini l'association en participation, les tribunaux ont nécessairement une grande latitude dans l'appréciation des contrats. Le simple rapprochement des articles 20, 47 et 48 suffit à la réfutation de cette erreur. *La société en nom collectif a pour objet de faire le commerce sous une raison sociale.* Donc, telle ne peut être la matière d'une association en participation; donc toute convention dont l'objet est de faire le commerce, ne peut constituer qu'une société collective. S'il en pouvait être autrement, que signifieraient les art. 47 et 48 du code de commerce? Et dans quel but le législateur aurait-il distingué si soigneusement ce que dans la pratique il serait toujours permis de confondre?

Si un arrêt déclarait qu'une association, ayant pour objet de faire pendant vingt années le commerce de vins en gros, ou de bois, ou de draps, ne forme qu'une association en participation, la cour de cassation ne pourrait assurément pas le tolérer! Et cependant en quoi cet arrêt diffère-t-il, au fond, de ceux que nous avons cités?

613. Pour prouver où peut conduire le système que nous combattons, nous ferons une dernière citation, qui nous paraît en démontrer avec évidence les périls et l'absurdité.

Un sieur Pillié, locataire d'une manufacture de faïence, avait fait en 1826 une convention par laquelle il s'engageait à donner incessamment à l'un de ses commis le titre d'associé, avec moitié des bénéfices que produirait l'usine.

Le commis devait avoir, en attendant, la qualité de directeur, et recevoir une certaine somme pour sa nourriture; Pillié s'interdisait, de plus, la faculté de le congédier.

Ces conventions étaient consignées dans un acte sous signature privée, non enregistré, non publié. Pillié, après quelque temps d'exécution, en demande la nullité; la résistance n'était pas possible; la cour de Bourges accueille ses conclusions; mais en même temps elle déclare que la société a commencé dès le moment où l'acte sous seing privé a été rédigé, et distinguant entre le passé et l'avenir, elle juge qu'il y a eu, dans le passé, une association en participation, non sujette aux formalités prescrites par l'art. 42 du code de commerce.

Sur le pourvoi en cassation, arrêt du 21 février 1831, qui rejette :

« Attendu que l'arrêt attaqué a parfaitement distingué, dans les relations des parties, deux époques ou périodes différentes : l'une actuelle, l'autre future et subordonnée à une circonstance préalable; qu'à l'égard de la première de ces périodes, la cour royale a, dans les limites de sa juridiction, et en appréciant les conventions et les circonstances qui lui étaient soumises, reconnu l'existence, en fait, d'une société en participation qui a pu avoir lieu sans écrit, et distincte, quant à la première époque, de la promesse de société stipulée pour la seconde époque. » (Dalloz, XXXII, 1, 388.)

Il est impossible de rien imaginer qui soit plus ouvertement contraire à la loi que cette décision; d'abord, parce que l'objet du contrat était une exploitation de manufacture, qui ne pouvait se réduire aux proportions d'une association en participation; nous en avons dit la raison, en examinant des questions analogues; ensuite, par ce motif bien plus grave encore, que la même convention est réputée société collective, et association en participation; société collective pour l'avenir, association en participation pour le passé, comme si les mêmes faits, la même exploitation, les mêmes actes, pouvaient amener des conséquences aussi contradictoires; comme s'il ne répugnait point à la nature des choses qu'il y ait à la fois société ordinaire, et association en participation, c'est-à-dire, que le contrat ait cumulativement pour objet des opérations indéterminées, et qui recommencent sans cesse, et des opérations déterminées, dont la durée règle et limite celle de la convention; une communauté d'intérêts continue et des rapports bornés, passagers, dès l'origine enfermés dans un cercle qu'ils ne peuvent franchir, etc.

La cour de Bourges pouvait bien décider que, nonobstant l'inobservation des formalités, la société, prouvée par écrit, produirait son effet pour le passé. La nullité, comme nous l'avons expliqué, n'empêche pas qu'il y ait communauté d'intérêts, et qu'il faille opérer la liquidation d'après les bases arrêtées dans l'acte annulé; mais qu'elle ait imaginé de scinder la convention, et de lui attribuer, selon les époques, un caractère différent, et que la cour de cassation ait sanctionné pareille anomalie, c'est ce qui ne se conçoit, ni ne se justifie.

L'équité ne doit jamais être recherchée aux dépens de la loi, et il ne faut pas oublier, quand des débats de ce genre sont engagés, que les associés, dont les intérêts sont compromis, ne sont pas exempts de faute. C'est pour n'avoir pas exécuté la loi qu'ils sont exposés à souffrir : pourquoi le juge se rendrait-il complice de leur négligence, afin de les relever de la peine qu'ils ont encourue? C'est encourager à la violation des lois, que de travailler à prévenir ou à diminuer le mal qui peut en résulter (**Add.** Troplong, nos 496 à 501).

614. § 2. Les associations en participation ont lieu pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêt, et aux conditions convenues entre les participants. Toute liberté leur est laissée, et quelques stipulations qu'ils aient faites, si elles ne contrarient pas le principe de la convention de société, elles doivent être exécutées.

615. Ainsi, l'on ne peut imposer à l'un des contractants des conditions usuraires ou léonines.

La cour de cassation a jugé, le 12 juillet 1842 (Sirey, XLII, 1, 595), qu'il n'était pas permis aux participants, en transportant, dans l'association en participation, des formes réservées à la société anonyme, ou à la commandite, de diviser le fonds social en actions. Une telle stipulation, qui, dans l'espèce jugée, n'avait eu pour objet que de faire fraude aux droits du fisc, n'est pas compatible avec l'obligation personnelle, dont est grevé chacun des associés participants.

616. On peut stipuler, au contraire, 1° que les marchandises expédiées par un négociant à un autre, pour être vendues de compte à demi, ne seront pas la propriété commune des contractants, et que l'association en participation n'aura pour objet que les bénéfices ou les pertes résultant de la vente; ce qui donne à l'expéditeur, resté propriétaire exclusif de la marchandise, la faculté de la revendiquer, en cas de faillite de son associé (arrêt de cassation, du 7 août 1838; Dalloz, XXXVIII, 1, 316) (**Add.** Troplong, n° 513).

2° Que les pertes de l'un des participants n'excéderont pas la somme qu'il a versée dans la caisse commune; cette condition, fondamentale dans la société en commandite, n'est pas incompatible avec une association en participation. Pourquoi, dans une convention qui doit rester secrète, et qu'on ne peut opposer aux tiers, les intéressés ne régleraient-ils pas leur sort à leur gré? (**Add.** Troplong, n° 513.)

3° Que, si l'association a pour objet une acquisition de meubles, ils seront partagés entre les contractants, immédiatement après l'adjudication. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait revente en commun, avec répartition des bénéfices réalisés, pour que l'association existe légalement; elle peut se borner à l'achat (arrêt de cassation, du 4 décembre 1839; Dalloz, XL, 1, 41).

Ces conventions sont habituelles à Paris entre les fripiers, et c'est chose licite, quand les participants n'ont pas eu recours à la violence, ou à la fraude, pour écarter les enchérisseurs. La loi ne s'oppose point à ce que des marchands s'associent pour acheter à meilleur marché, si, d'ailleurs, rien d'illicite n'a été pratiqué pour empêcher la concurrence, et faire tomber au-dessous de leur juste valeur les objets exposés en vente (arrêt de cassation, 25 avril 1834; Dalloz, XXXIV, 1, 238.)

617. Si les participants se sont bornés à poser le principe d'une association, sans en déterminer les conditions, la loi générale y supplée.

Les bénéfices et les pertes se règlent conformément à l'art. 1853 du code civil, en proportion de chacune des mises dans le fonds de la société.

L'associé qui n'apporte pas la somme promise, devient, de plein droit et sans demande, débiteur des intérêts, à compter du jour où la somme devait être payée.

La même obligation pèse sur celui des participants qui emploie à ses affaires personnelles les sommes qu'il a reçues (arrêt de Rennes, du 6 mai 1835; Dalloz, XXXVI, 2, 164).

618. Un arrêt de la cour de Poitiers, du 15 mai 1821 (Dalloz, t. XII, p. 147), a jugé que, à défaut de stipulation expresse, l'intérêt des sommes qu'un des participants devait avancer pour les affaires de l'association, ne courait pas de plein droit :

« Attendu qu'il est de principe, en matière de commerce comme en matière civile, que l'intérêt n'a pas lieu de plein droit; qu'il ne peut être exigé que lorsqu'il y a convention, excepté dans les cas déterminés par la loi; qu'il ne court de plein droit et sans demande, que contre l'associé qui devait apporter une somme dans la société, et qui ne l'a pas fait. »

Cette décision est juste. Le participant qui a promis d'avancer les fonds nécessaires à l'exploitation des affaires communes, ne peut retirer un avantage de l'exécution de son engagement. Il acquitte sa dette, il se libère, il ne fait pas un prêt à ses coassociés. Ce n'est pas comme dans le cas du mandat, où l'avance étant purement volontaire, la loi compense par les intérêts, et la privation que s'est imposée le mandataire pour le succès d'affaires qui ne sont pas les siennes, et le profit que les mandants en ont recueilli. On doit allouer, sans stipulations ni demande, des intérêts à l'associé qui, sa mise fournie, fait des avances à la société : on n'en doit pas à l'associé qui ne fait que remplir ses obligations.

619. Le gérant de la participation, seul connu des tiers et considéré comme propriétaire, peut aliéner, hypothéquer, échanger les objets dépendant de la société; et toute disposition faite sans fraude, doit être respectée par les participants.

Si donc il existe, dans le patrimoine commun, des billets, le gérant les transporte valablement aux tiers, par endossement; il peut aussi céder les créances; et quelque emploi qu'il fasse des sommes que la négociation a produites, les tiers sont à l'abri de toute réclamation.

Comment seraient-ils inquiétés, quand le billet ou la créance dont la propriété leur a été transmise est, en apparence, la chose propre du négociant dont ils la tiennent? (**Add.** Troplong, n° 505.)

620. Mais que faudrait-il décider, si le billet endossé par le gérant de la participation n'avait pas été souscrit à son nom seul, mais collectivement, au nom de tous les associés? La transmission serait-elle inattaquable, dans le cas même où il serait démontré que le gérant, au lieu d'appliquer les fonds à l'affaire commune, s'en est servi pour payer ses dettes personnelles?

Le tribunal de commerce de Clamecy a décidé, le 14 novembre 1842 (*Bulletin des Tribunaux*, du 6 décembre 1842), que la négociation faite par un des associés en participation n'était valable que pour sa part, quand la marchandise dont le billet était le prix, avait été vendue par tous les associés conjointement, et que le billet fait à l'ordre de tous n'exprimait pas de solidarité.

Le jugement est fondé sur les motifs suivants :

« En fait, que rien n'indiquait que l'associé dont émanait l'endossement litigieux, fût l'administrateur de l'association en participation.

« En droit, que le dépôt du billet en ses mains ne pouvant équivaloir à un mandat, il n'avait pu, conformément à l'art. 1860 du code civil, en disposer, si ce n'est pour sa part. »

Les faits admis, cette décision est irréprochable. Il est constant, en effet, que, du moment où les associés agissent collectivement, le billet souscrit à l'ordre de chacun d'eus, ne peut être transmis valablement que par une cession collective. Il serait contraire au droit que le dépôt de l'effet entre les mains d'un des intéressés fût par lui-même, et sans autre preuve, considéré comme un mandat pour négocier.

Mais si, comme nous l'avons supposé, l'associé qui a fait l'endossement, est administrateur, la cession, bien que procédant de lui seul, est inattaquable. C'est une conséquence nécessaire de la gestion, que le gérant endosse valablement les billets souscrits au profit des associés, en quelque forme que ce soit. Il aurait eu capacité pour les toucher à l'échéance. Il a le pouvoir d'en réaliser la valeur par une transmission commerciale (code civil, article 1860).

621. Si des jugements ont été rendus contre le gérant, les associés participants ne peuvent pas les attaquer par tierce opposition. Ils ne pourraient, par la même raison, intervenir sur appel, dans une instance engagée avec le gérant :

« Attendu, dit un arrêt de la cour de Bordeaux, du 9 janvier 1826 (Dalloz, XXVI, 2, 181), que l'art. 466 du code de procédure ne permet de recevoir, en cause d'appel, aucune intervention, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition; que ce droit n'est accordé, par l'art. 474, qu'à la par-

tie lésée par un jugement, lors duquel, ni elle, ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés ; qu'il est inutile de rechercher, soit l'époque où l'acte sur lequel Gayraud fonde son intervention aurait acquis une date certaine contre des tiers, soit la nature de l'association qu'il exprime, et sa validité, puisque, dans tous les cas, Flouret aurait été seul gérant et libre administrateur de cette société ; que le jugement dont est appel a été rendu avec lui, et que, par conséquent, l'intervention de Gayraud, qui n'y pourrait pas former tierce opposition, n'est pas recevable. »

Les tiers, auxquels la participation ne peut jamais être opposée, n'ont d'autre contradicteur légitime que le négociant avec lequel ils ont traité, sauf toujours le cas de fraude ; car si l'instance était le résultat d'un concert organisé pour détourner le fonds social, nul doute que l'intervention des associés participants ne fût tout à la fois recevable et fondée. Le tiers, complice du gérant, ne pourrait pas plus les écarter, que le gérant lui-même. La fraude fait exception aux règles ordinaires.

622. Au reste, les pouvoirs du gérant ne survivent point à la cause dont ils dérivent. Quand l'opération en vue de laquelle le contrat a été formé est terminée, que les dettes contractées envers les tiers sont acquittées, et que, par la force des choses, la communauté d'intérêts a cessé, l'associé auquel la gestion a appartenu, ne peut tirer d'un pouvoir qui n'existe plus, le droit de transporter valablement aux tiers les choses devenues propres à ses coassociés (**Add.** Troplong, n° 805).

623. Cette distinction a été consacrée par un arrêt de la cour de Paris, dans l'espèce suivante :

En 1792, un sieur Martin Lacavalle, armateur à Marseille, avait expédié pour les Indes orientales un bâtiment chargé de marchandises d'un prix considérable.

Deux négociants du pays, les sieurs Hugues et Guignard, étaient intéressés à l'expédition, le premier pour un quart, l'autre pour un sixième.

Cependant le navire revenant après un heureux voyage approchait de Cadix, et, sous peu de jours, il allait rentrer à Marseille, lorsque le capitaine, instruit que la guerre avait été déclarée entre la France et l'Angleterre, et que des croiseurs anglais tenaient la mer, crut prudent, pour éviter le péril, d'entrer dans un port espagnol.

C'était tomber de Charybde en Scylla. Quoique l'Espagne fût encore en paix avec la France, le navire fut saisi, vendu avec les marchandises qu'il contenait, et, jusqu'en 1814, Martin Lacavalle fit de vaines démarches pour obtenir la réparation du dommage que lui avait causé cette odieuse violation du droit des gens.

Mais alors une convention diplomatique intervint entre les deux gouvernements ; il fut stipulé qu'une somme considérable serait consacrée à indemniser les propriétaires de bâtiments et marchandises illégalement confisqués.

Martin Lacavalle vivait encore. Comme armateur, il était le représentant naturel des intérêts de ses anciens associés ; il devait les défendre ! Par acte notarié, du 5 janvier 1818, il vendit à des tiers le résultat éventuel de la liquidation, pour laquelle il avait formé une demande en son nom personnel, demande comprenant à la fois ce qui lui appartenait encore, et ce qu'il avait cédé aux sieurs Hugues et Guignard.

Ce transport était-il valable ? Hugues et Guignard le contestèrent, par ce motif surtout qu'il embrassait la chose d'autrui, Martin Lacavalle ne pouvant, après les faits qui s'étaient accomplis en 1793, être réputé propriétaire et maître absolu de l'indemnité qui représentait la cargaison. Les cessionnaires opposèrent, au contraire, que celui-ci, réputé légalement le gérant de la participation, avait pu valablement disposer d'objets ou de créances dont, en apparence, il avait la propriété exclusive.

Un jugement du tribunal civil de Paris, du 9 août 1831, adopta ce système.

Mais, sur l'appel, arrêt infirmatif, du 25 juillet 1835 :

« Attendu que l'opération faite en commun par Martin de Lacavalle, Hugues et Guignard, constitue une association, ou compte en participation, dont Martin de Lacavalle était le gérant ;

« Considérant que, sous l'ancienne comme sous la nouvelle législation, le gérant d'une pareille association avait, par le consentement présumé de ses cointéressés, le pouvoir de diriger l'opération, et de faire tous les actes nécessaires pour la réaliser, sauf à rendre compte de sa gestion à ses associés ; qu'ainsi, dans l'espèce, Martin de Lacavalle avait valablement acheté les marchandises pour le voyage d'aller, vendu les marchandises à l'Ile de France, et acheté un chargement pour le retour, fait assurer le navire et la cargaison, opéré le délaissement après le sinistre, et poursuivi le recouvrement des sommes assurées pour en faire la répartition aux intéressés, parce que tout cela rentrait dans la gestion de l'opération, et qu'il est nécessaire, pour la facilité et la sécurité des transactions commerciales, que le gérant d'une participation puisse la traiter comme si l'affaire lui était propre ;

« Mais considérant que par l'effet de la confiscation et de la vente du navire et des marchandises, la société a été dissoute, et l'opération terminée, sauf le recouvrement des assurances ; que si, après plus de vingt ans, une indemnité a été accordée aux propriétaires ; si Martin de Lacavalle, en sa qualité d'armateur, a pu et dû réclamer cette indemnité non-seulement pour lui et ses coassociés, mais encore pour les chargeurs particuliers et les assureurs, parce que la confiscation avait été prononcée sur lui, et qu'il était seul connu du gouvernement, néanmoins la position des parties était entièrement changée, et ses pouvoirs ne devaient pas être les mêmes ; qu'il ne s'agissait plus, en effet, d'une opération commerciale à gérer, mais d'une liquidation administrative à suivre ; qu'il n'y avait plus ni vaisseau, ni marchandises à vendre, ni assurances à recouvrer, mais seulement une indemnité consistant en rentes sur l'État à partager entre tous les cointéressés, dans la proportion de leurs droits ; qu'il suit de là que les cessions faites par Martin de Lacavalle n'ont aucun caractère commercial ; qu'on ne saurait, par conséquent, invoquer les principes qui régissent les associations commerciales ; pour soutenir qu'il a pu valablement vendre la part de ses cointéressés dans la chose commune. »

624. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté, le 17 avril 1838 (Dalloz, XXXVIII, 1, 201), au rapport de Duplan :

« Attendu que, du fait de la confiscation et de la vente par le gouvernement espagnol, résultait la conséquence, que Martin de Lacavalle n'avait plus la capacité de disposer de l'indemnité, sans le concours, et au préjudice de ses associés en participation. »

Ces décisions méritent une approbation sans réserve. L'intérêt public n'exige point, en effet, que les pouvoirs de l'associé gérant survivent à l'opération qui a fait l'objet du contrat. C'est, sans utilité pour le commerce, ouvrir une porte à la fraude.

Art. 49. Les associations en participation peuvent être constatées par la représentation des livres, de la correspondance, ou par la preuve testimoniale, si le tribunal juge qu'elle peut être admise.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DE LA COMMISSION DU GOUVERNEMENT. — Voy. sous l'art. 48 (a).
PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 44. Conf. à l'art. 49 du code (b).

(a) OBSERVATIONS DES TRIBUNAUX.

Voy. sous l'art. 48, ci-dessus, p. 620.

(b) DISCUSSION AU CONSEIL D'ÉTAT.

Effets de l'article relativement aux tiers qui ont traité avec l'un des associés en participation, et, en général, position de ces tiers vis-à-vis des autres associés. — Motifs de ne pas exiger un commencement de preuve par écrit.

TREILHARD dit que, pour constater les associations en participation, il est juste de recourir au livre de la correspondance, mais qu'il faut exiger aussi la représentation des lettres reçues; autrement il suffirait à un négociant, pour se soustraire à la preuve, de ne pas inscrire sur son livre les lettres d'où elle résulterait.

De plus, on ne doit pas laisser le tribunal libre d'admettre la preuve par témoins quand il lui plaît; qu'on exige du moins un commencement quelconque de preuve par écrit, ne dût-on le tirer que de simples lettres missives : telle était la disposition de l'ordonnance de 1673.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) dit que les sociétés en participation ne se forment pas toujours entre des négociants qui aient des livres, ni par correspondance.

Dans les foires, par exemple, dans les marchés de ville, la convention est verbale. Des marchands de chevaux, de bestiaux, de comestibles, etc., conviennent d'acheter en commun, et rien n'est écrit. Il est donc indispensable de permettre aux contractants de prouver le marché par témoins. Au surplus, les tribunaux seront, sans doute, très-réservés à admettre ce genre de preuve, quand il ne sera pas appuyé d'un commencement de preuve par écrit.

JAUBERT dit que les sociétés en participation sont utiles et d'un fréquent usage; qu'il faut donc les maintenir; mais est-ce entre associés, ou aussi relativement aux tiers, qu'on se propose d'en régler les effets? Le tiers ne connaît que la personne avec laquelle il a traité; c'est cette personne qu'il actionne; on ne doit pas permettre de lui opposer une société qu'il n'est pas obligé de reconnaître; dès lors les règles qu'on veut établir sur la société en participation ne concernant plus que les associés, l'art. 44 devient inutile.

JANET (maître des requêtes) dit que la question, envisagée sous le rapport des tiers, acquiert une assez haute importance pour mériter d'être décidée par une disposition expresse.

Elle s'est présentée à la cour de cassation. Des marchands avaient acheté des bestiaux en Auvergne; ils les envoyèrent à Paris, à d'autres marchands, avec lesquels ils faisaient cet achat en participation, et ces associés vendirent. Dans l'intervalle, les marchands d'Auvergne firent faillite avant d'avoir payé les bestiaux. Les vendeurs se pourvurent contre les associés de Paris, et la cour de cassation n'hésita pas à déclarer qu'il y avait solidarité.

Cette contestation ne se serait pas élevée, si le droit eût été fixé par une disposition de la loi.

MERLIN dit que, comme procureur général de la cour de cassation, il a porté la parole dans cette affaire, et qu'il a détruit l'opinion de Pothier qu'on invoquait, en lui opposant les lois romaines et le sentiment unanime des autres docteurs français et étrangers.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) dit que cette doctrine serait subversive des principes. Le refus du recours contre les associés en participation ne saurait tromper la foi publique, puisque le vendeur n'a connu que celui avec lequel il a traité directement, et n'a pas compté sur une autre garantie. Il en serait autrement, sans doute, si on lui avait annoncé qu'il aura au autre pour débiteurs des associés en participation; alors le recours contre ces associés ne pourrait lui être refusé. Mais ce n'est là qu'une exception qui ne doit pas empêcher d'établir en principe que, hors cette circonstance particulière, le vendeur n'a pour garants que ceux auxquels il a directement vendu. On ne peut se relâcher de ce principe, sans entraver les opérations de commerce, et ôter au commerce ses ressources. Les capitalistes, pour l'ordinaire, répugnent aux embarras et ne consentent à mettre leurs fonds dans le commerce que lorsqu'ils sont certains de ne se trouver engagés dans aucune contestation avec des tiers. S'ils pouvaient craindre d'être compromis par ceux avec lesquels ils ont des rapports, et mis en cause, ils feraient un autre emploi de leurs capitaux.

Ce n'est pas, au surplus, par les lois romaines, qui n'établissent que le droit civil, qu'on peut décider des questions de commerce, surtout chez une nation tout autrement organisée et constituée que les Romains.

L'ARCHICHANCELIER est d'avis que, dans un code de commerce, il convient d'éviter les règles trop précises. Sans cette précaution, la loi manquera souvent son effet. On abusera, dans l'usage, de la doctrine que le code aura établie. Les véritables règles de commerce sont celles de la bonne foi et de l'équité; il faut bien se garder de les affaiblir par des règles trop positives qui, dans beaucoup de circonstances, en gênent l'application. L'art, dans les lois de cette espèce, est de poser des principes féconds en conséquences, et qui, dans l'exécution, ne résistent jamais à l'équité.

L'article 44 paraît donc bien rédigé. Il ne borne pas l'effet de la disposition aux associés; il ne l'étend pas aux tiers; mais il laisse aux juges, relativement aux preuves, une latitude qui leur permet de se déterminer d'après les circonstances.

CRETET dit que, quand on exclut, pour la preuve par témoins, la nécessité d'un commencement de preuve par écrit, il faut bien établir, par une disposition formelle, cette exception aux principes généraux. L'article n'a pas d'autre but. Il laisse dans le droit commun ce qui concerne les tiers et toutes les autres questions étrangères à son objet.

Quant à la règle que présente l'article, elle est indispensable. On a vu des marchés du plus grand intérêt entre des personnes dont aucune ne savait écrire; comment alors décider, si ce n'est *ex æquo et bono?* A moins qu'on ne prenne le parti de sacrifier l'un des contractants, ce qui serait une injustice révoltante.

DEFERMON est persuadé que la cour de cassation n'a pas vu une société en participation dans l'affaire qu'on a rappelée.

Ceci conduit à penser que peut-être il conviendrait de rendre plus exactes les définitions contenues dans l'art. 41, afin qu'on ne pût jamais confondre la société en participation avec la société ordinaire.

Il faudrait dire qu'indépendamment des sociétés énoncées dans cet article, la loi reconnaît encore la société entre plusieurs pour une seule affaire.

La rédaction de l'art. 41 est maintenue.

L'ARCHICHANCELIER rappelle qu'il a été proposé, sur l'article 44, l'amendement d'exiger un commencement de preuve par écrit.

REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely), pour prouver que cet amendement est inadmissible, se borne à rappeler ce qui se passe, touchant l'approvisionnement de Paris, dans les marchés des départements, et dans ceux de Poissy et de Sceaux; on achète des bœufs en commun, sans qu'on trouve dans aucun écrit la plus légère trace de cette convention.

CRETET ajoute que tout le mobilier qui se vend à Paris est acheté par des fripiers associés en participation, d'après une simple convention verbale.

L'amendement est rejeté.

L'art. 44 est adopté.

SOMMAIRE.

625. Sous l'ordonnance de 1673, les tiers pouvaient prouver par témoins les associations en participation.

626. La jurisprudence était incertaine à l'égard des associés entre eux. Il résulte de différents arrêts qu'on exi-

geait d'eux un commencement de preuve par écrit.
627. Le code de commerce met les associés et les tiers sur la même ligne.
628. Les tribunaux sont juges souverains de la pertinence des faits articulés pour établir l'existence des associations en participation.
629. La preuve testimoniale et les présomptions peuvent également être invoquées pour constater les modifications faites à la convention, et sa dissolution. La circonstance que l'association a été consignée dans un acte authentique ou sous seing privé, ne fait pas obstacle à l'application de la règle.
630. Le juge doit apporter une extrême réserve dans l'appréciation de la preuve testimoniale.

COMMENTAIRE.

625. Sous l'ordonnance de 1673, la jurisprudence avait admis que les tiers pouvaient prouver par témoins les associations en participation. Un arrêt rendu par la cour de cassation, le 28 germinal an XII (Dalloz, t. XII, p. 142), sur les conclusions conformes de Merlin, atteste et confirme ce point de doctrine.

626. Il y avait plus de difficulté, quand le débat s'engageait entre les associés. Si quelques arrêts (arrêt de Paris, du 15 mai 1811; Dalloz, t. XII, p. 145) avaient conclu du silence de l'ordonnance de 1673 sur les formalités et sur la preuve des associations en participation, que les règles prescrites pour les sociétés en général ne leur étaient point applicables, et qu'un contrat de cette nature pouvait, même entre les parties, se prouver par témoins; d'autres décisions plus anciennes avaient imposé aux associés en participation la nécessité d'un commencement de preuve par écrit.

627. Quand le code de commerce fut discuté par le conseil d'Etat, Treilhard reproduisit cette dernière opinion, et soutint qu'on ne devait pas laisser les tribunaux libres d'admettre la preuve par témoins, quand il leur plairait; il fallait, à son avis, exiger au moins un commencement de preuve par écrit, ne dût-on le tirer que de simples lettres missives.

Un amendement avait été proposé dans ce sens; mais sur l'observation de Regnaud de Saint-Jean-d'Angély, que les associations en participation ne se formaient pas toujours par correspondance; que dans les foires, par exemple, et dans les marchés des grandes villes, les marchands de chevaux, de comestibles, de bestiaux convenaient à l'instant même, et en face de la marchandise qu'ils jugeaient nécessaire à leur commerce, d'acheter en commun, et que par conséquent, il serait impossible de trouver dans aucun écrit la plus légère trace de conventions que le hasard souvent avait formées, cet amendement fut rejeté.

On reconnut avec Cambacérès que les véritables règles du commerce sont celles de la bonne foi et de l'équité; et qu'il fallait se garder de les affaiblir par des règles trop positives. L'art dans les lois commerciales est de poser des principes féconds en conséquences; la meilleure rédaction est celle qui laisse aux juges, relativement aux preuves, la faculté de se déterminer d'après les circonstances.

Toutes preuves donc sont admissibles pour constater une association en participation, les livres, la correspondance, la preuve par témoins, les présomptions graves, précises et concordantes. Le juge peut, à défaut d'écrit, puiser sa conviction dans les vraisemblances, dans ce qui s'est fait avant ou depuis, dans les habitudes de tel ou tel genre de commerce, dans toutes les circonstances enfin qui peuvent satisfaire une conscience honnête.

On a jugé que lorsqu'un négociant assigné devant un juge de paix, comme engagé dans une association en participation, n'avait pas protesté contre la qualité qu'on lui donnait, et que, de plus, il avait consenti à entrer en compte relativement à la convention alléguée, il n'était pas recevable à la dénier plus tard. Comme il n'y a de comptes de société à faire qu'entre des associés, le consentement à cette mesure devenait la preuve du contrat.

On a jugé aussi que le négociant auquel on avait proposé, par correspondance, un tiers d'intérêt dans une opération, et qui avait accepté ce *tiers dans les bénéfices*, ne pouvait décliner la qualité d'associé, sur le motif que, dans sa réponse, il n'avait pas été question des pertes:

« Attendu qu'en acceptant le tiers des bénéfices de l'opération, Lucotte et Martin n'en ont pas moins accepté la participation qui leur était offerte, dans cette proportion de pertes et de profits;

« Que c'est une règle, non abrogée, et qui était écrite dans le § 3 des *Institutes*, au titre *de Societate*, que la désignation de la part des profits détermine aussi celle des pertes, dont les contractants auraient omis de parler. » (Bordeaux, 9 janvier 1826; Dalloz, XXVI, 2, 181.)

Cette appréciation est de toute équité. Un associé ne pouvant se dispenser de contribuer aux pertes, une acceptation, en quelques termes qu'elle soit faite, embrasse nécessairement toutes les chances ou favorables, ou contraires.

628. Mais de ce que les tribunaux sont autorisés à admettre la preuve par témoins, il ne résulte pas que, dans tous les cas où elle est réclamée, ils doivent l'ordonner. Les tribunaux, a-t-on dit au conseil d'Etat, ne doivent admettre ce genre de preuve qu'avec une réserve extrême, quand il n'est point appuyé d'un commencement de preuve par écrit. Il ne suffira donc pas que les faits articulés soient présentés de manière à rendre l'association vraisemblable. Le juge doit examiner et peser avec soin toutes les circonstances dans lesquelles on suppose que la convention s'est formée; il en doit discuter la probabilité. La position respective des contractants, l'importance de l'opération, le temps, le lieu où les paroles auraient été échangées, sont autant d'éléments qui doivent fixer son attention (cour supérieure de Liége, 3 juin 1823; Dalloz, t. XII, p. 144). Le juge est arbitre souverain de la pertinence et de l'admissibilité des faits.

629. Du reste, les mêmes preuves servent à constater les associations en participation, et les modifications qu'elles ont subies après leur formation, la retraite d'un des participants, la dissolution, la liquidation et ses résultats. On ne peut exiger que les actes établissant ces faits aient date certaine; le contrat se transforme et se délie comme il a commencé. Peu importerait même que l'association, à son origine, eût été consignée dans un acte authentique ou sous seing privé: les modifications ou la dissolution pourraient, en ce cas, être également prouvées par témoins, ou par un ensemble de présomptions graves, précises, concordantes. De ce qu'on a fait un acte avant de commencer, il ne suit pas que la fin des rapports doive être constatée de la même manière. Les parties restent toujours libres de prendre le parti qu'elles jugent à propos, et, en tous cas, il appartient aux tribunaux compétents, quand des contestations s'élèvent à cet égard, de décider souverainement, quand et de quelle façon les relations sociales ont

été terminées; comment s'est faite la liquidation, quels effets a produits le partage, et quelles choses, par conséquent, sont devenues la propriété exclusive de tel ou de tel des associés (arrêt de cassation, du 10 janvier 1831; Dalloz, XXXI, 1, 303).

Les tribunaux ont, dans l'appréciation des faits, un pouvoir sans limites. Ainsi, la remise faite par l'un des participants à son coassocié de l'acte constatant la convention, a pu être considérée comme preuve suffisante de la rupture de la société (arrêt de cassation, du 1er juin 1836; Dalloz, XXXVI, 1, 381; arrêt de cassation, du 10 janvier 1831; Dalloz, XXXI, 1, 303).

630. Mais plus est grand le pouvoir du juge, plus il en doit user avec circonspection. S'il ne faut pas voir la preuve d'une association dans des paroles, ou dans des faits qui n'indiquent qu'un projet encore mal défini, il ne faut pas non plus, si les circonstances d'où l'on induit la dissolution, avant le terme de l'opération, sont susceptibles d'interprétations différentes, préférer celle qui tend à rompre les relations sociales; car nul n'est censé renoncer à son droit. On ne doit pas admettre que les parties s'engagent légèrement, ni qu'après le contrat formé, elles veuillent, sans de graves motifs, en déserter les chances.

Art. 50. Les associations commerciales en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

RÉDACTION COMPARÉE DES DIVERS PROJETS.

PROJET DISCUTÉ AU CONSEIL D'ÉTAT. — Art. 48. Voy. sous l'art. 44.

SOMMAIRE.

631. Les associations en participation ne formant pas d'être moral, il est inutile que des conventions qui n'intéressent que les contractants, et qui ne peuvent être opposées aux tiers, soient rendues publiques.

COMMENTAIRE.

§ **631.** Cette disposition dérive de la différence qui existe entre les sociétés ordinaires, et l'association en participation.

Les sociétés en nom collectif et en commandite, formant un être moral, une personne civile, ne peuvent demeurer inconnues. Il faut, puisqu'elles ont leur individualité, des droits, des devoirs, un patrimoine distincts des associés personnellement, que le public les connaisse, et qu'il apprenne, par une publication sincère des contrats, ce qu'il peut trouver de garanties dans la solvabilité et la moralité des membres dont elles se composent.

L'association en participation, qui ne peut être opposée aux tiers, et dont les effets restent propres aux contractants, n'a pas besoin de publicité : comment, d'ailleurs, exiger la publicité de conventions qui peuvent n'être pas formées par écrit, que le même jour peut voir naître et finir?

TROISIÈME PARTIE.

CHAPITRE PREMIER.

FIN DE LA SOCIÉTÉ.

SOMMAIRE.

632. La société cesse de droit, ou sur la provocation d'une des parties intéressées.

633. § 1. La société cesse de droit, 1° par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée, à moins cependant qu'elle n'ait été formée pour une certaine opération. Si le délai s'écoule avant que la chose soit faite, le contrat continue; on suppose que la fixation du terme n'est qu'une indication du temps réputé nécessaire pour arriver au but que les associés se proposaient. C'est aux tribunaux d'apprécier, en cas de dissentiment, l'intention des parties.

634. La société cesse de droit, 2° par l'extinction de la chose.

635. Ainsi l'annulation d'un brevet d'invention, quand la société s'était formée pour l'exploiter, met un terme à la convention.

636. Il en est de même lorsque la chose dont la jouissance seulement a été mise en commun, vient à périr.

637. Si la propriété a fait la matière de l'apport, il en est autrement. La société continue après la perte, dans le cas où le fonds social, quoique diminué, suffit à sa destination.

638. L'associé qui s'est engagé à faire les fonds, n'est pas libéré de son obligation par l'épuisement du capital qu'il a versé, s'il n'a limité à ce capital même le sacrifice qu'il s'imposait.

639. La société cesse de droit, 3° par la consommation de la négociation.

640. Elle cesse encore de droit, 4° par la mort naturelle de quelqu'un des associés. C'est la conséquence du principe que la confiance personnelle est le fondement de la convention de société.

641. Si donc le contrat a moins pour objet une association de personnes qu'une réunion de capitaux, la mort d'un des associés n'opère pas sa dissolution.

642. Ainsi, dans les sociétés anonymes, le décès d'un ou de plusieurs des actionnaires n'influe pas sur la durée de la convention.

643. Pour la commandite, il faut distinguer : si le capital a été divisé par actions, la règle est la même que pour les sociétés anonymes.

644. Mais lorsque la commandite est pure et simple, le principe reprend son empire.

645. A l'égard des associations en participation, la solution varie selon que le contrat est ou personnel ou réel. Dissous par la mort d'un des associés dans le premier cas, il ne cesse pas dans le second.

646. La dissolution de la société par le décès d'un associé était considérée par les jurisconsultes romains comme une conséquence nécessaire de ce genre de convention. Toute stipulation contraire était nulle, sauf le cas où la société avait pour objet la ferme du revenu public.

647. Pothier s'est élevé contre cette doctrine, et a prouvé que la dissolution de la société par la mort d'un des associés n'était pas de l'essence de la société.

648. La loi nouvelle a consacré cette opinion. Si donc il a été stipulé que l'associé serait remplacé par ses héritiers, la stipulation est valable.

649. Si le défunt était gérant, les héritiers, à moins de clause contraire, ne lui succèdent point en cette qualité. La gestion est un mandat indépendant du titre d'associé, et qui s'éteint avec la personne.

650. Mais que faut-il décider si, au moment où l'associé décède, les héritiers sont encore mineurs? Dissentiment entre Pardessus et Duvergier.

651. La stipulation doit s'exécuter, si le mineur est arrivé à l'âge où il peut faire le commerce, et si, conformément à l'art. 2 du code, il reçoit du conseil de famille l'autorisation d'entrer dans la société.

652. Si, au contraire, le mineur n'a pas encore atteint l'époque où la famille peut lui conférer la capacité de se livrer aux opérations commerciales, la clause est non avenue.

653. Si la société est en commandite, et que le défunt fût un des gérants, on applique la règle tracée dans les numéros qui précèdent.

654. S'il était simple commanditaire, la convention peut toujours s'exécuter, quels que soient l'âge et la position des héritiers qu'il a laissés.

655. La clause s'applique à l'héritier institué, comme à l'héritier naturel.

656. Lorsque la mort d'un des associés met un terme à la société, s'il n'a pas été convenu qu'elle continuerait entre les survivants, on procède à la liquidation. Dans le cas contraire, les droits des héritiers se règlent sur l'état des choses au moment du décès. Ils recueillent une part des gains que peuvent produire les affaires commencées, et le cas échéant, ils supportent les pertes dans la même proportion.

657. On peut stipuler que les héritiers se soumettront, pour l'exercice de leurs droits, au dernier inventaire.

658. La société cesse de droit, 5° par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés.

659. Sous le droit romain, la déconfiture ne suffisait pas. Il fallait que les biens de l'associé eussent été saisis et vendus. La déclaration de faillite suffit, d'après la loi nouvelle.

660. Pardessus estime que les associés d'un failli sont fondés, s'ils le jugent convenable, à continuer la société; la faillite ne produisant qu'une exception qu'ils peuvent, selon leur intérêt, ou invoquer ou négliger. Il n'admet pas que le failli ou les créanciers puissent se prévaloir de l'insolvabilité constatée pour rompre le contrat.

661. Réfutation de cette opinion.

662. § 2. Lorsque la durée de la société n'a pas été fixée, chacun des associés peut en demander la dissolution quand il lui plaît.

663. Pourvu toutefois que la renonciation soit faite de bonne foi, et non à contre-temps.

664. Pour apprécier si la renonciation est à contre-temps, c'est l'intérêt de la société qu'il faut considérer, et non celui de l'associé renonçant.

665. La renonciation est nécessairement intempestive et de mauvaise foi, quand la chose mise en commun est de telle nature, que l'associé qui en a fait l'apport à la société, perd par la rupture du contrat tous les avantages qu'il avait avant d'être associé. Arrêt du parlement de Paris, de 1785, qui consacre cette doctrine.

666. Une société qui a pour objet une affaire spéciale, n'est pas une société sans terme, si les parties n'en ont pas fixé la durée; elle est censée contractée pour le temps nécessaire à la consommation de cette affaire.

667. Examen et réfutation d'un arrêt de la cour de Lyon, qui décide que lorsque la durée de la société n'a pas été fixée, les parties ne sont pas recevables à en provoquer la dissolution, si elles ont, dans l'acte même de société, renoncé à cette faculté.

668. On ne peut pas renoncer à un droit qui n'existe point.

669. La renonciation, d'ailleurs, en un tel cas, ne purge pas le contrat du vice dont il est atteint.

670. Le système consacré par la cour de Lyon tend à paralyser l'application de la loi.

671. L'associé qui veut se retirer de la société doit notifier sa renonciation à tous les associés.

672. La notification qui n'est pas faite à tout le monde, ou qui n'est pas régulière, dégage les associés qui l'ont reçue, et non l'associé qui l'a faite.

673. La société dont la durée est limitée, finit par la volonté qu'un ou plusieurs manifestent de n'être plus en société, si cette volonté repose sur de justes motifs.

674. Exemples de motifs qui autorisent un associé à provoquer la dissolution du contrat.

675. *Quid* de l'incompatibilité d'humeur?

676. Dans une société à terme, un associé ne peut se dégager de ses obligations, à la condition de payer des dommages-intérêts. Réfutation d'un arrêt de la cour de Lyon, rendu en sens contraire.

677. La stipulation par laquelle les associés s'interdisent, sous une clause pénale, de provoquer la dissolution de la société avant le terme, est inefficace et nulle, s'ils ont de graves motifs pour le faire.

678. Le juge est, dans tous les cas, arbitre souverain des motifs sur lesquels la demande est fondée; il peut, à son gré, les admettre ou les rejeter.

679. Si la dissolution a pour cause un fait indépendant de la

volonté des parties, il n'y a pas lieu d'accorder des dommages-intérêts; il en est autrement dans le cas contraire.

680. La validité de la dissolution, quant aux tiers, dépend de l'observation scrupuleuse des formalités prescrites par les art. 42 et 46 du code de commerce.

COMMENTAIRE.

632. La société finit, suivant l'art. 1865 du code civil :

1° Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée;

2° Par l'extinction de la chose, ou la consommation de la négociation ;

3° Par la mort naturelle de quelqu'un des associés;

4° Par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux;

5° Par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société.

De cet article, applicable aux sociétés commerciales aussi bien qu'aux sociétés civiles, il résulte que la société peut cesser de droit, ou sur la provocation de quelqu'un des associés.

La loi ne s'occupe pas du cas où la volonté de toutes les parties met fin à la société; elle n'a rien à régler à cet égard. Les parties peuvent modifier et détruire à leur gré le contrat qui les lie; sauf toujours le droit des tiers, et à la condition de rendre publique la dissolution anticipée de la société (**Add.** Troplong, nos 910, 911).

633. § 1. La société cesse *de droit :*

1° *Par l'expiration du temps pour lequel elle a été contractée.*

Quand les parties ont fixé la durée de leurs rapports, ils s'arrêtent précisément au terme qui leur est assigné; au jour déterminé, et sans qu'il soit besoin d'aucune manifestation, les droits et les devoirs qui naissaient du contrat, s'éteignent, pour faire place à des droits et à des devoirs nouveaux.

Il peut cependant arriver que la société ait été contractée pour une opération déterminée, et que les associés, en indiquant un terme, n'aient eu pour objet que d'exprimer le temps probable de l'exécution; dans ce cas, si l'opération n'est pas mise à fin, à l'époque fixée, la société n'est pas dissoute; du moins les tribunaux peuvent, en appréciant la volonté des parties, déclarer que la société doit se prolonger jusqu'au moment où elles auront atteint le but qu'elles s'étaient proposé. L'indication de terme peut n'être considérée que comme une simple énonciation subordonnée dans ses effets à la réalisation de l'objet mis en commun. Si l'opération s'était accomplie dans un espace de temps moindre que le temps stipulé, la société aurait incontestablement fini avec sa cause : elle doit, par la même raison, se prolonger tant que la cause n'a pas cessé (arrêt de Bruxelles, du 13 janvier 1810; Dalloz, t. XII, p. 97) (**Add.** Troplong, nos 870, 871).

634. 2° *Par l'extinction de la chose.*

La société, porte l'article 1832, est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Dès lors donc qu'il n'y a plus ni chose commune, ni collaboration, ni gains possibles, il n'y a plus de société : *Neque enim ejus rei quæ jam nulla est, quisquam socius est* (l. 63, § 10, D. *Pro socio*). Il ne reste plus aux parties qu'à régler, pour le passé, les rapports qui n'ont plus de cause pour l'avenir (**Add.** Troplong, nos 876, 916 et suiv.).

635. Ainsi un brevet d'invention a fait la base d'une société commerciale en nom collectif ou en commandite; s'il est annulé sur la demande d'un tiers, la société finit. Les parties ne peuvent plus réaliser le but en vue duquel s'était formée leur convention (**Add.** Troplong, n° 938).

636. Ainsi encore, l'un des associés a mis en commun la jouissance d'un corps certain. Si cet apport périt par un événement imprévu et de force majeure, la société périt avec lui. Comment la société dont la condition essentielle est que chaque associé contribue individuellement à la formation du fonds commun, continuerait-elle d'exister, quand l'un d'entre eux est réduit à l'impossibilité de remplir son engagement? Dans les mises qui se bornent à la jouissance, il y a autant d'apports différents que de perceptions de fruits. Le jour où les perceptions cessent, il n'y a plus d'apport, partant plus de société (**Add.** Troplong, nos 943 2°, 945).

Ce n'est pas d'ailleurs pour l'associé seulement dont la mise a péri que la société cesse, elle finit pour tout le monde. La mise perdue est un des éléments dont l'appréciation avait déterminé le consentement des parties; aucune d'elles ne peut être obligée de rester dans les liens d'une convention dont les bases sont changées.

Il en serait de même si l'objet de la convention étant le profit à faire sur la vente de certaines marchandises, ces marchandises étaient détruites avant la vente.

637. Lorsque la propriété même a fait la matière de l'apport, si la chose périt, ce n'est pas pour l'associé qui l'a mise en commun, mais pour la société devenue propriétaire; si donc, malgré sa diminution, le fonds social suffit encore à la spéculation que les parties avaient en vue, la perte de l'objet ne met pas fin au contrat : c'est aux associés, et, en cas de dissentiment, aux tribunaux, de prononcer à cet égard (**Add.** Troplong, nos 936-942).

638. Il ne faut pas, au surplus, assimiler, sans distinction, l'épuisement des sommes versées dans la caisse, à l'extinction de la chose qui met fin à la société. Si, dans une société contractée pour un certain nombre d'années, il a été convenu que l'un des associés ferait les fonds, tandis que l'autre apporterait seulement son travail et son temps, la société cessera de droit au moment où le fonds social est absorbé. Mais si l'associé bailleur de fonds s'est chargé, sans limitation, de fournir les sommes nécessaires à l'exploitation, la société ne prendra pas fin avec le capital qu'il aura versé dans la caisse; il pourra être forcé de le renouveler. Légalement, il doit apporter de l'argent jusqu'au terme fixé pour la durée de la convention, quelles qu'en soient les chances; c'est la condition qu'il s'est faite et qu'il ne peut changer; les tribunaux seuls peuvent, en appréciant l'objet de la société, les efforts déjà tentés et la stérilité des résultats, mettre un terme à des sacrifices auxquels l'avenir ne semble pas réserver de compensation (**Add.** Troplong, n° 947 3°).

639. 3° *Par la consommation de la négociation.*

Le contrat doit cesser avec sa cause.

On s'est associé pour creuser un canal, bâtir un pont, ou construire un navire. Le canal est creusé, le pont bâti, le navire mis à la mer; toutes relations doivent cesser. On ne comprend pas de société, quand il n'y a plus rien à faire entre les parties (**Add.** Troplong, n° 877).

640. 4° *Par la mort naturelle de quelqu'un des associés.*

Cette règle, consacrée par le droit romain, découle

un principe qui sert de base à la convention de société. La considération des personnes est un élément essentiel du contrat. La moralité, l'intelligence, la facilité de caractère, la solvabilité déterminent les consentements. On s'associe en vue de certaines qualités et des avantages qu'elles promettent; il est donc simple et naturel, que si l'un des associés meurt, la société finisse. Toutes les conditions du contrat seraient changées, si l'on forçait les survivants à continuer l'exploitation avec les héritiers de l'associé décédé, gens qu'ils ne connaissent pas, et dont les habitudes, les mœurs, la position, pourraient rendre des relations, jusqu'alors faciles et sûres, désagréables et dangereuses. Quand un contrat de vente a eu lieu, et qu'avant sa pleine exécution la mort surprend une des parties contractantes, il n'y a pas d'inconvénient à ce que l'héritier succède aux droits comme aux devoirs de son auteur; la considération de la personne n'est, en général, comptée pour rien, dans un tel cas; la question de solvabilité domine. Qu'importe par quelle main le prix de vente soit payé, pourvu qu'il soit payé? Mais dans la société, source de rapports nécessaires, que chaque jour, que chaque instant ramène, où le succès de l'entreprise exige de continuelles délibérations, un concours constant de l'intelligence et des forces de chacun, il ne peut y avoir d'autres parties intéressées que celles qui se sont choisies.

Dans tous les cas, donc, où la société repose sur les personnes, où la confiance qu'elles se sont mutuellement inspirée a créé leurs rapports, la règle doit être appliquée. Ainsi, la société en nom collectif, où chacun met en commun ses efforts, son industrie, son temps, finit de droit par le décès d'un des associés. (**Add.** Troplong, n° 879).

641. Mais en sera-t-il de même, si le contrat a moins pour objet une association de personnes qu'une réunion de capitaux, et si les associés, connus ou inconnus, peuvent, quand bon leur semble, renoncer à leur qualité? Non, car l'application de la règle, en ce cas, irait directement contre le but du contrat. Dans la société anonyme, où personne ne s'engage, pas même le gérant, au delà du montant de sa mise, et où le capital, distribué, sous forme d'actions, en cent mains diverses, peut, comme toute autre espèce d'effets commerciaux, être l'objet de négociations infinies; où le consentement des parties qui stipulent suffit à la transmission du titre d'associé, quel avantage y aurait-il à déclarer la société dissoute par le décès d'un seul associé? Ce n'est pas en vue des personnes, mais de l'objet mis en commun, que les actionnaires s'engagent; ils ne se choisissent pas; à peine serait-il permis de dire que l'associé investi de l'administration, exerce au dehors une influence quelconque, puisque, réputé simple mandataire, il est libre de se retirer à tout moment, et que, de son côté, la société peut lui enlever les fonctions qu'elle lui a confiées. Qui ne comprend d'ailleurs, que subordonner la durée du contrat aux chances de vie des associés individuellement, ce serait le frapper de mort, avant qu'il fut né? C'est un événement trop commun dans des sociétés, où les actionnaires quelquefois se comptent par milliers, pour que, à moins de les rendre impossibles, on y enchaîne leur avenir.

642. Dans les sociétés anonymes donc, le décès d'un ou de plusieurs associés ne porte pas atteinte à la durée de la convention : en quelques mains que les intérêts sociaux soient tombés, l'exploitation et les garanties restent les mêmes : les conditions du contrat ne sont pas modifiées.

Il en est ainsi des conventions qui ont, avec la société anonyme, une sorte d'affinité. La cour de cassation a jugé, le 12 janvier 1842 (Dalloz, XLII, 1. 152) que la société d'assurance mutuelle, dont le principe est moins la considération des personnes que celle des propriétés assurées, n'était point dissoute par le décès d'un ou de plusieurs des assurés (**Add.** Troplong, nos 886, 886 2°, 886 3°).

643. Quant à la société en commandite, Casaregis (tom. I, pag. 29), appliquant les principes suivis en Italie, était d'avis qu'elle ne finissait point par la mort du commanditaire. Il rappelle les précédents qui confirment son opinion, et ajoute :

« *Ex prædictis igitur, et non à solâ consuetudine patriæ nostræ, rectè arguitur quod accomonda post mortem præponentis non expirat, ac etiamsi res esset omnino integra, quia ut diximus, hujusmodi mandatum datum accomandatario non est gratuitum, sed cum aliquâ portione lucrorum, ac ratio rationis est quia hujusmodi mandata non gratuita, scilicet cùm aliquo salario, sive utilitate mandatarii se referunt potiùs ad contractum innominatum, vel locationis, aut societatis secundùm varios casuum circumstantias.* »

Sous l'empire du code de commerce, la solution dépend essentiellement de la forme sous laquelle le contrat a eu lieu.

Si le capital a été divisé par actions, soit nominatives, soit au porteur, la mort d'un ou de plusieurs des associés est indifférente à la durée de la convention. Le principe que, dans les sociétés en commandite, la personne des associés est engagée, s'efface devant cette circonstance que la cession des actions est autorisée; quand les associés peuvent se retirer à leur gré, il n'y a pas de raison, pour que le décès de l'un d'eux produise plus d'effet que sa retraite (**Add.** Troplong, n° 887).

644. C'est tout autre chose quand la société s'est formée purement et simplement. Comme le fait remarquer Pardessus, bien que la commandite ne suppose, de la part du gérant, aucune confiance personnelle dans le commanditaire, et que la gestion reposant entièrement dans les mains du premier, le décès du second ne puisse apporter de changement aux affaires de la société, la personne et le caractère du commanditaire sont cependant d'une grande importance dans les relations que le contrat engendre. L'associé commanditaire est appelé aux comptes annuels, aux inventaires, à la rédaction du bilan, pour fixer les profits et pertes; il a droit de vérifier la situation des choses; si le gérant excède les prévisions du contrat, de l'y ramener; s'il viole les statuts, de s'en plaindre et de l'en punir, soit en provoquant la dissolution, soit en laissant à sa charge les opérations faites indûment; enfin, quand arrive le terme de la société, d'être présent à la liquidation, et d'en discuter tous les éléments. Or, cette surveillance, ces droits, peuvent s'exercer avec plus ou moins de rigueur; un héritier peut abuser de sa position : il n'a pas les mêmes raisons que son auteur d'estimer le gérant et de se confier en lui; et s'il y a plusieurs héritiers, que d'embarras peuvent naître de la divergence des volontés, de la crainte que le gérant n'abuse de sa situation pour tromper, de l'impossibilité de transiger, s'il y a des mineurs!

La considération de la personne est donc là un des éléments essentiels du contrat, et dès lors le décès du commanditaire, comme celui du gérant, en entraîne la fin. Le commanditaire, c'est un point constant de doctrine, ne peut, s'il n'y a convention contraire, et sauf le cas où le capital a été divisé par actions, se substituer, en cédant ses droits, un autre associé. Pourquoi sa mort ferait-elle ce que n'aurait pu faire sa volonté la plus expresse? Dès le moment où le com-

manditaire s'éteint, la société finit pour tout le monde, pour ses héritiers qui ne pourraient contraindre le gérant à la prolonger; pour les gérants qui, dégagés immédiatement des liens du contrat, n'en peuvent non plus imposer l'exécution aux héritiers, jusqu'à l'époque originairement assignée à sa durée. Le même fait ne peut créer, à des parties également obligées, une situation différente. Pour les uns comme pour les autres, il n'y a pas de choix : la dissolution s'opère de plein droit.

Ainsi, selon la forme que les parties ont adoptée, la société en commandite survit aux associés, ou finit avec eux. La division du capital en actions autorisant nécessairement l'introduction d'associés nouveaux dans la société, le décès, dont les résultats sont les mêmes, ne dissout pas le contrat. La considération de la personne, en ce cas, n'est pas plus un élément du consentement des parties, que dans les sociétés anonymes. Quand, au contraire, la convention place à côté du négociant auquel la gestion est remise, un capitaliste qui ne peut renoncer à sa qualité, et qui puise dans son titre un droit de surveillance et de contrôle sur tous les faits sociaux, la considération des personnes est une des conditions de la société; elle finit par le décès de l'un ou de l'autre associé (**Add.** Troplong, n° 888).

645. Dans les sociétés en participation, comme la loi n'en a pas tracé les règles, et que les parties peuvent faire toutes les stipulations qu'elles jugent à propos, c'est dans l'ensemble de ces stipulations, dans la nature de l'entreprise, dans le but où tendait le contrat, qu'il faut puiser la solution. Les participants sont-ils convenus qu'ils travailleraient de concert à la chose commune, et que, jusqu'à la réalisation du projet qui les a réunis, ils y donneraient et leur temps et leurs soins? la mort de l'un d'entre eux met fin à l'association; c'est sur la confiance que chacun avait dans l'industrie de son associé que le contrat est fondé; il doit cesser avec la cause dont il est né.

Que si, au contraire, comme il arrive ordinairement, un seul est chargé de l'opération, sauf à rendre compte à son coassocié, la mort n'y met pas fin; le contrat est réel plutôt que personnel. Supposons, par exemple, qu'une association se soit formée entre un entrepreneur de bâtiments et un tiers, pour édifier une maison et la vendre ensuite; si le rôle du tiers se borne à faire les fonds, sa mort arrivée, soit avant l'achèvement de la construction, soit avant la vente, ne rompt pas le contrat. L'entrepreneur ne serait pas écouté, si, pour s'attribuer le profit éventuel de l'opération, il disait qu'au moment où la société s'est formée, son consentement a eu pour cause la considération de la personne; car il est évident que le véritable motif a été l'engagement pris par l'associé décédé, d'avancer tout l'argent que la construction réclamerait. Un tel contrat est moins une société proprement dite que le prêt aléatoire d'un capital soumis, selon les événements, à des chances d'augmentation ou de diminution. Les héritiers de l'associé mort peuvent, comme l'associé survivant, exiger que la convention s'accomplisse.

Il serait inutile de multiplier les exemples. Nous répétons que, dans les associations de ce genre, tout dépend des stipulations faites par les parties. S'il en résulte que le contrat est plus réel que personnel, et que l'associé qui meurt ne soit pas chargé de l'opération, l'association continue; dans le cas contraire, elle cesse.

646. Le principe qui subordonne à la vie de tous les associés la durée de la société, avait paru tellement essentiel aux jurisconsultes romains, qu'ils n'accordaient point aux associés la faculté d'y déroger par des stipulations contraires. Sauf le cas où la société avait pour objet la ferme des revenus publics; et parce qu'alors, sans doute, la nature des opérations rendait indifférents les changements de personnes, ils décidaient que, en dépit des conventions faites entre les parties, la mort de l'une d'elles rompait le contrat : *Adeò morte solvitur societas, ut ne ab initio pacisci possimus, ut hæres etiam succedat societati.* (l. 59, D. *Pro socio*) (**Add.** Troplong, n°s 879, 949, 950).

647. Pothier combattit cette doctrine. Après en avoir rappelé la raison, tirée de ce que la société ne peut se contracter avec une personne incertaine, quand elle a pour base une confiance et une amitié réciproques, il exprima qu'il y trouvait plus de subtilité que de force, et qu'il ne voyait pas pourquoi on n'étendrait pas à toute espèce de société la règle jugée compatible avec les sociétés ayant pour objet la ferme des revenus publics (**Add.** Troplong, n° 880).

648. Cette opinion a prévalu. Ce qui est de l'essence de la société, c'est qu'il y ait une chose mise en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui peut en résulter, avec égalité relative des chances de gain ou de perte; il n'y a pas de société sans ces conditions. Mais la société existe-t-elle moins, quand les éléments qui la constituent ne s'étant pas modifiés, les associés originaires sont remplacés par d'autres associés? Y a-t-il moins une chose mise en commun, une exploitation commune, une chance de profit ou de perte, selon les proportions que le contrat a fixées? Ce n'est pas le contrat qui change, mais les personnes : les noms seuls diffèrent. Rien ne s'oppose donc légalement à ce que les associés conviennent que si l'un d'eux vient à mourir avant le terme assigné à la durée de la société, ses héritiers lui succéderont (**Add.** Troplong, n°s 880, 951, 953.)

649. On comprend toutefois que, si l'associé qui meurt était gérant, les pouvoirs dont il a joui ne passent pas de droit à son héritier. A quelque source que le défunt ait puisé son mandat; soit que la gestion lui ait été conférée par l'acte de société, ou par des délibérations postérieures à la convention, c'est un mandat qui, comme toute autre espèce de mandat, s'éteint avec le mandataire. Les associés survivants en peuvent investir qui bon leur semble.

650. Mais qu'arrivera-t-il, si les héritiers sont mineurs au moment du décès de l'associé? Suivant Duranton, la minorité ne fait point obstacle à la continuation de la société, c'est également l'avis de Pardessus. Duvergier adopte l'opinion contraire, en se fondant sur ce motif, que les lois relatives, soit à l'administration, soit à l'aliénation des biens des mineurs, soumettraient les associés survivants à des formalités, dont la lente et minutieuse observation compromettrait nécessairement les intérêts sociaux.

651. La première opinion, qui est aussi celle de Casaregis (1), nous semble préférable, sauf certaines restrictions pourtant.

(1) ...*Ac etiam in casu quo hæredes testatoris essent pupilli vel minores, licet incapaces ad præstandum consensum pro renovatione societatis, quia socii superstites continuantes societatem ex mandato sibi injuncto à testatore de illâ continuandâ post illius mortem, nullo indigent consensu pupillorum, vel minorum, neque illorum tutorum, aut curatorum, dùm sufficit consensus quem ipsi socii tanquàm mandatorii post mortem à testatore relicti, pro pupillis vel minoribus præstant* (Casaregis, t. III, p. 149, n° 12).

Qu'un mineur ne puisse contracter, de son chef, une société collective, c'est la conséquence directe de l'incapacité dont il est affecté. La qualité d'associé collectif entraîne après elle la solidarité, la contrainte par corps, l'éventualité de la faillite, la possibilité de l'expropriation (puisque tous les biens des associés, ceux qu'ils ont mis en commun, comme ceux qu'ils se sont réservés, répondent des créances sociales). C'est donc une chose toute simple que le mineur, incapable de s'obliger, ne puisse former de convention qui expose à de tels périls sa personne et ses biens.

Mais quand le mineur a dix-huit ans accomplis, s'il a été émancipé, et autorisé légalement (code de commerce, art. 2) à faire le commerce, il peut, du consentement de la famille, former une société collective. Pourquoi ne pourrait-il pas, aux mêmes conditions, prendre dans une société déjà formée la place d'un associé qui meurt? C'est à la famille seule de peser les avantages et les inconvénients de cette succession, et quand elle a jugé qu'il y avait intérêt pour le mineur à se prévaloir de la stipulation, les associés survivants ne sont pas fondés à le repousser. Duvergier a raison : la présence d'un mineur dans une société collective est incontestablement une source d'embarras : mais les parties peuvent-elles se soustraire aux obligations qu'elles se sont imposées, sous le prétexte qu'il en résultera de grands inconvénients? C'est au moment où le contrat a eu lieu qu'il les fallait prévoir, et s'en exempter par une clause expresse. L'application d'une convention pure et simple ne peut être restreinte que par les exceptions qui naissent de la loi.

En principe donc, la stipulation qui appelle les héritiers à succéder à l'associé défunt, n'est pas annulée, si ces héritiers sont mineurs. La famille peut, en accomplissant les formalités imposées par la loi commerciale, leur conférer la capacité nécessaire pour en profiter; et la société n'est dissoute que si elle refuse son assentiment, comme elle en a le droit.

652. Mais par cela même que l'héritier mineur ne puise pas dans le contrat une capacité suffisante, et que, pour la compléter, il a besoin d'une autorisation; si la condition d'âge exigée par la loi n'existe pas encore, quand le décès arrive, la clause doit être non avenue. Les associés survivants ne sont pas obligés d'attendre que le mineur ait atteint l'âge avant lequel il ne peut obtenir le droit de faire le commerce, et conséquemment d'entrer dans une société commerciale. Il doit pouvoir, au moment même où la place devient vacante, la prendre et l'occuper : *Le mort doit saisir le vif;* il ne peut y avoir d'interruption dans une société dont un des éléments essentiels est la solidarité.

653. Si la société est en commandite, et que l'associé défunt soit un des gérants, la clause s'applique avec les distinctions que nous venons d'indiquer. La société en commandite entre les gérants, a tous les caractères et tous les effets de la société collective (**Add.** TROPLONG, n° 885).

654. Si le défunt n'était que commanditaire, la clause peut toujours être exécutée. Ce n'est pas faire acte de commerce que de placer des fonds dans une société en commandite, et, conséquemment, l'héritier, à quelque âge et en quelque position qu'il se trouve, peut succéder à son auteur, sauf au tuteur, en cas de minorité, à exercer les droits du nouvel associé.

655. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que la stipulation dont nous précisons les effets, s'applique au légataire universel comme à l'héritier naturel. L'expression d'*héritier*, dans le langage légal, embrasse tous ceux que la volonté de l'homme ou de la loi appelle à représenter, à continuer la personne du défunt (**Add.** TROPLONG, n° 962).

656. Dans tous les cas où le décès d'un des associés met un terme à la société, s'il n'a pas été stipulé que le contrat continuerait entre les survivants, il y a lieu de procéder à la liquidation. La société finit pour tout le monde. Mais, si cette stipulation existe, ce qui est parfaitement licite, l'héritier n'a droit qu'au partage de la société, telle qu'elle se trouvait au jour du décès, et il ne participe aux gains ultérieurs, qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de son auteur. Il supporterait la perte, s'il en résultait des opérations commencées; il doit, par réciprocité, en recueillir le bénéfice : *Hæres socii, quamvis socius non est, tamen ea quæ per defunctum inchoata sunt, per hæredem explicari debent* (l. 40, D. *Pro socio*). A son égard, il n'y a plus, à compter de ce jour, qu'une communauté d'intérêt; les opérations nouvelles concernent exclusivement les associés survivants. L'héritier n'en peut pas plus revendiquer le bénéfice, qu'il n'est obligé d'en supporter la perte (**Add.** TROPLONG, n°s 892 et suiv.).

657. Il est d'usage de stipuler que la part afférente au défunt, sera réglée d'après le dernier inventaire. C'est une sage précaution, car elle évite aux associés l'embarras et l'ennui d'une révision générale des opérations qui ont eu lieu, depuis que la société s'est formée; et comme il n'est pas probable que l'inventaire fait en présence de tous les associés, rédigé, signé par eux, ne donne pas une exacte idée des forces de la société, tous les intérêts se trouvent conciliés.

658. *3° Par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un des associés.*

Tout ce que nous avons dit sur la mort naturelle, s'applique à la mort civile. De même que la mort naturelle, la mort civile enlève au condamné la propriété des biens qu'il possédait; sa succession s'ouvre au profit de ses héritiers; il ne peut plus exercer aucun droit. C'est, à l'égard de la société dont il était membre, comme s'il avait cessé d'exister; la société doit donc finir, sauf, s'il a été stipulé qu'elle continuerait avec les héritiers, ou entre les survivants, à suivre les règles que nous venons de retracer (**Add.** TROPLONG, n° 905).

L'interdiction, qui enlève au citoyen l'exercice de ses actions, en le réduisant à l'état de mineur, entraîne nécessairement la fin de la société; des rapports qui peuvent engager la responsabilité des parties, et qui réclament, en tous cas, de l'intelligence, ne peuvent pas être continués avec un homme atteint habituellement d'imbécillité, de démence ou de fureur, et n'ayant plus le droit d'avoir une volonté.

659. Sous l'empire du droit romain, la déconfiture ou la faillite ne suffisait pas à rompre la société. Il fallait, de plus, que les biens de l'associé tombé en ruine eussent été vendus, afin, sans doute, que son insolvabilité fût solennellement constatée.

La loi nouvelle n'exige, comme l'ancien droit, que la déclaration de faillite, et cela suffit. Comment, en effet, l'associé, dessaisi de tout ce qu'il possède, et qui a perdu jusqu'à la liberté de ses mouvements, accomplirait-il les obligations attachées au titre d'associé? La faillite enlève aux autres associés toutes les garanties sur la foi desquelles ils avaient contracté. Il n'y a pour eux désormais aucune sécurité. Quelle que soit donc la cause de la faillite, qu'elle provienne de l'inconduite du failli, ou qu'elle résulte de circonstances plus fortes que sa volonté, ses coassociés ne peuvent être forcés d'exécuter une convention dont les conditions sont changées : rien ne peut les contraindre à rester en communauté d'intérêts et d'affaires avec un négociant frappé de discrédit, et pouvant, par le reflet de ses désastres, imprimer à la

société une fâcheuse couleur (**Add.** TROPLONG, n° 903).

660. Pardessus, après avoir exposé ces raisons, exprime l'opinion que, si les associés peuvent briser une communauté d'intérêts qui ne leur présente plus la sûreté réelle et morale sur laquelle ils comptaient en contractant, ils peuvent aussi, s'ils le jugent plus convenable à leur intérêt, exiger que la société continue, parce que la faillite n'est pas, comme la mort, un événement à la fois nécessaire et naturel; c'est un fait de celui qui s'en trouve frappé; et pour lui, comme pour ceux qui sont à ses droits, ce ne peut être un moyen de se dégager de ses obligations. Ni les principes du droit, ajoute-t-il, ni l'équité n'autorisent les créanciers du failli à se fonder sur l'état d'insolvabilité personnelle dans lequel est tombé celui-ci, pour dissoudre la société dont il est membre.

661. Cette opinion est contestable.

La loi a divisé en deux classes les causes qui peuvent mettre un terme aux sociétés, avant l'expiration du temps fixé pour leur durée; d'une part, celles qui, de plein droit, éteignent le contrat; de l'autre, celles qui exigent une manifestation de la part des associés. Or, les premières sont énumérées avec soin, et dans l'énumération figure la faillite : ce n'est que pour les secondes que la loi, après avoir posé le principe, en abandonne l'application à la conscience du juge.

« La dissolution des sociétés à terme, porte l'article 1871 du code civil, ne peut être demandée « par l'un des associés, avant le terme convenu, « qu'autant qu'il y en a de justes motifs; comme « lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, « ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile « aux affaires de la société, ou autres cas semblables « dont la gravité et la légitimité sont laissées à l'arbitrage du juge. »

Il n'y a pas de moyen terme : ou la dissolution est de droit, ou elle est fondée sur des motifs dont l'appréciation appartient au juge. La loi ne reconnaît pas de causes mixtes, de ces causes qu'une des parties intéressées peut invoquer, si bon lui semble, et qui doit être accueillie dès qu'elle est proposée, l'office du juge se bornant à vérifier le fait dont elle résulte. Or, nous le répétons, la faillite est expressément indiquée comme un des faits qui entraînent de plein droit la fin des sociétés. La loi ne distingue point entre ce cas, et le décès de l'un des associés, par exemple; elle les place sur la même ligne pour en tirer les mêmes conséquences. Comment donc serait-il permis de suppléer une distinction? Comment ce qui est vrai, quand il s'agit de la mort naturelle ou civile de l'un des associés, cesserait-il de l'être, quand il s'agit de la faillite?

Pardessus allègue que la faillite n'est pas, comme la mort, un événement tout à la fois nécessaire et naturel : cela est vrai; mais qu'importe, si la loi, sans se préoccuper de la différence qui sépare ces accidents, en a tiré des conséquences analogues? si elle a voulu que la faillite et le décès eussent le même effet? Or, le doute n'est pas permis en présence du texte : *La société finit... par la déconfiture de l'un des associés*. Il n'y a rien là de facultatif; le sens est absolu : la société ne survit donc point à la faillite de l'un des associés; dès que cet événement arrive, elle finit pour tout le monde.

Avec le système que nous combattons, il n'y a pas de raison pour que la société finisse par la mort naturelle, par la mort civile, par l'interdiction d'un des associés, plutôt que par la faillite; la loi ne s'exprime pas autrement dans tous ces cas : *La société finit... 3° par la mort naturelle de quelqu'un des associés; 4° par la mort civile, l'interdiction ou la déconfiture de l'un d'eux.* Les survivants seront donc fondés, dans tous les cas, à repousser la dissolution, s'ils y voient du danger. Dans tous les cas, ils pourront dire qu'on ne peut équitablement invoquer contre eux un fait indépendant de leur volonté; et que, s'ils jugent à propos de prolonger l'exécution de la convention, c'est un droit qui leur appartient. Et cependant ce langage ne serait point admis. La loi ne souffre pas de controverse : la société finit de droit par la mort naturelle, ou par la mort civile. Pourquoi donc, encore une fois, ne finirait-elle point par la faillite, espèce de mort commerciale, que l'article 1865 du code civil assimile aux faits qui ne permettent plus à l'associé d'exécuter la convention?

Il ne faut pas d'ailleurs oublier ce que Pardessus lui-même a maintes fois rappelé, qu'à moins de disposition contraire, la situation des parties est égale, et qu'il doit exister entre elles une complète réciprocité de droits et de devoirs. Pourquoi, dès lors, quand la loi se borne à exprimer que la société finit par la faillite, les associés du failli auraient-ils une prérogative que n'auraient pas ses créanciers?

Que, dans les cas prévus par l'article 1871 du code civil, le juge, arbitre souverain des faits, puisse faire aux associés une condition différente, dissoudre, sur la provocation d'un seul, la société dans laquelle celui-ci n'a pas trouvé les garanties qui lui étaient promises, ou si les faits ne lui semblent pas vérifiés, repousser la demande; c'est une chose toute simple : la loi ne caractérise pas ces faits; elle ne leur assigne point de résultats déterminés; le juge les peut apprécier à son gré. Mais pour ceux que mentionnent les quatre premiers paragraphes de l'article 1865 du code civil, c'est tout autre chose. Rien n'est laissé à l'arbitraire : la loi tire elle-même la conséquence des événements qu'elle énumère, et cette conséquence invariable, c'est la fin de la société.

Il est fâcheux assurément pour les associés qu'un accident imprévu arrête dans son cours une société qui prospère; mais, d'un autre côté, les créanciers du failli ne sont-ils pas assez malheureux, sans qu'il faille encore enchaîner leurs meilleures, leurs seules ressources peut-être, aux destinées d'une société commerciale?

En somme, donc, nous estimons que si l'équité s'accommode de la solution donnée par Pardessus, elle est contraire au droit. L'article 1865 du code civil est positif; il n'admet, dans sa signification absolue, ni exception, ni restriction. La société finit par la faillite, comme elle finit par le décès d'un associé, complètement, et pour tout le monde. Les associés n'en peuvent pas plus exiger la continuation, que les créanciers du failli ne le pourraient eux-mêmes, s'ils y trouvaient quelque profit.

La faillite, d'ailleurs, pas plus que la mort naturelle, ou quelque autre événement exprimé dans le § 4 de l'article 1865, n'entraîne pas la dissolution des sociétés anonymes ou en commandite, dont le capital se divise en actions. Comme les personnes ne sont comptées pour rien dans ces sortes de conventions, et que la faculté de transmettre les actions, amène incessamment dans la société des éléments nouveaux, les modifications apportées à la capacité des contractants n'influent en aucune façon sur la durée du contrat (voy. **Merlin**, *Questions de droit*, v° *Société*.) (**Add.** TROPLONG, n°s 906, 907).

662. § 2. La société finit par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société :

1° *Lorsque la durée de la société n'a pas été fixée.*

Quand l'acte de société n'en a pas assigné le terme, elle est censée contractée pour toute la vie des asso

ciés. Mais on n'enchaîne pas sans inconvénient son avenir; le commerce a besoin de mouvement et de liberté. Dans les sociétés illimitées, l'esprit de spéculation sommeille facilement; on obéit à la routine; on ne songe point à perfectionner. Il peut aussi se faire que la diversité des humeurs amène des querelles fréquentes, et qu'aux obstacles opposés à l'intelligence, se joignent de continuelles tracasseries.

La loi permet à chaque associé de s'affranchir de cette servitude, et il suffit qu'il manifeste sa volonté, pour qu'immédiatement tous ses liens soient rompus, pourvu, toutefois, qu'il ne fasse point, de la faculté qui lui est accordée, un moyen de s'enrichir au détriment de ses associés, ou de leur causer du dommage (**Add.** Troplong, n°s 965, 966.)

663. La renonciation, pour être valable, doit être de bonne foi et non à contre-temps (article 1869 du code civil).

Deux négociants ont contracté une société pour acheter et revendre des vins d'un débit sûr et favorable. Au moment où la société va traiter avec le possesseur des vins, un des associés notifie qu'il ne veut plus rester en société; et, devenu libre, il les achète pour son compte particulier. La renonciation n'est pas de bonne foi; elle n'a eu d'autre cause, de la part du renonçant, que l'intention de s'approprier un bénéfice qui devait être partagé. Il en devra compte à son associé, comme s'il n'y avait pas eu renonciation notifiée. La faculté de s'affranchir d'un lien devenu gênant, ne peut dégénérer en fraude.

La renonciation n'est pas plus efficace si elle est faite à contre-temps, c'est-à-dire quand les choses ne sont plus entières, et qu'il importe à la société que la dissolution soit différée. Supposons que des marchandises ont été achetées, au moment où le cours en était élevé. Par des circonstances imprévues, le prix baisse, et ce n'est qu'en attendant, plus ou moins longtemps, qu'on peut espérer d'éviter la perte. Une renonciation, notifiée dans de telles circonstances, est intempestive; il n'en faut tenir aucun compte (**Add.** Troplong, n° 974).

664. Du reste, comme l'exprime la loi romaine, il ne faut pas considérer l'intérêt particulier de l'associé qui s'oppose à la renonciation, pour décider si elle est faite à contre-temps; il faut voir l'intérêt de la société seulement; car cet intérêt peut n'être pas contraire à celui du renonçant : *Hoc ita, si societatis intersit non dirimi societatem : semper enim non id quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit* (l. LXV, § 5, D. *Pro socio*) (**Add.** Troplong, n° 977).

665. Il peut se présenter des cas où, selon la remarque de Merlin, la renonciation est nécessairement intempestive et de mauvaise foi; c'est lorsque l'objet mis en commun est de telle nature que la rupture du contrat devient, pour l'une des parties, une cause de ruine certaine. Ainsi, dans le cas où la société s'est formée pour exploiter un secret d'art, une méthode particulière de guérison pour certaines maladies, si le contrat est rompu après une exécution de quelques années, il est impossible que les parties soient replacées dans la position qu'elles avaient avant la convention. L'inventeur ne peut plus reprendre sa mise. La communication qu'il en a faite lui ravit à jamais les avantages de la possession exclusive. On reprend de l'argent, des marchandises, ou tout autre objet matériel; on ne reprend pas un secret. C'est donc violer le principe de justice et d'équité qui ne permet pas de nuire à son associé, que de renoncer à une société de ce genre. Celui qui renonce doit être soumis à des dommages-intérêts, équivalents à la perte qu'éprouve le coassocié.

Un arrêt du parlement de Paris, du 1er mars 1785, a appliqué ces principes, en condamnant à 12,000 francs d'indemnité un sieur Oryan qui, après avoir contracté une association avec l'inventeur d'un mode particulier d'inoculation, s'en était désisté, au bout de quelque temps (Merlin, *Répertoire*, v° *Société*).

666. Il ne faut pas d'ailleurs confondre avec la société illimitée, la société qui a pour cause une affaire déterminée; quoique les parties n'aient pas fixé le terme de leurs rapports, la nature de la convention l'indique et le précise. Ils doivent durer jusqu'au moment où l'affaire sera finie.

L'art. 1869 du code civil s'applique exclusivement aux sociétés contractées pour faire le commerce, sans limitation de temps et d'affaires (**Add.** Troplong, n°s 967, 970).

667. Une question dont la solution a de l'intérêt, a été discutée devant la cour de Lyon, en 1828. Il s'agissait de savoir si, dans les sociétés dont la durée est illimitée, les parties étaient recevables à provoquer la dissolution, sans autre motif que de n'être plus en société, quand elles avaient, par la convention même, renoncé au droit de la demander. Dans l'espèce, une association s'était formée par actions pour exploiter les mines de houille de *la Chana*, et la concession avait été faite par ordonnance royale à la société même. Quelques années à peine s'étaient écoulées depuis les travaux commencés, lorsqu'en 1828, deux actionnaires provoquèrent la dissolution, en se fondant sur les articles 815 et 1869 du code civil. La cour de Lyon rejeta leur prétention par les motifs suivants :

« Que la loi spéciale du 21 avril 1810 ne permettait point de paralyser les concessions qui avaient eu lieu, et de morceler une propriété dont l'intérêt public exigeait la conservation par indivis;

« Que si la durée de la société n'était pas limitée, puisque ayant pour base l'épuisement d'une mine de houille, elle pouvait se prolonger pendant plusieurs siècles, il résultait de l'ensemble du statut social, notamment de la transmissibilité des actions, que les parties avaient implicitement, mais nécessairement renoncé à demander la dissolution quand bon leur semblerait;

« Que la règle exprimée dans l'article 1868 du code civil ne tenant à aucun motif d'intérêt ou d'ordre public, les parties étaient libres de s'en interdire l'usage;

« Qu'en tout cas, et supposant le principe applicable, la demande devait être repoussée comme faite à contre-temps, parce qu'on venait d'exécuter des travaux dont il fallait attendre les résultats. » (Dalloz, XXVIII, 2, 215.)

Le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté le 7 juin 1830, par cette unique considération, que la décision attaquée reposait sur des appréciations d'actes et de faits, que la cour de cassation n'avait pas mission de contrôler (Dalloz, XXX, 1, 279).

La cour de cassation, comme on le voit, ne s'est pas expliquée sur le mérite de la restriction apportée par la cour de Lyon à l'application de l'article 1869 du code civil, et il n'en était pas besoin : il suffisait, contre le pourvoi, de la déclaration insérée dans l'arrêt, que la renonciation était à contre-temps.

N'y a-t-il cependant rien à objecter contre cette doctrine, que les parties perdent la faculté de provoquer la dissolution des sociétés illimitées, quand il résulte, expressément ou tacitement, des conventions sociales, qu'elles n'ont pas entendu se la réserver?

Pothier, après avoir rappelé le principe, expliqué

les conditions auxquelles il est soumis dans son application, et déclare que, pour apprécier la renonciation, il ne faut s'attacher qu'à l'intérêt commun des associés, ajoute : « A moins qu'il n'y eût quelque convention, par le contrat de société, qui s'opposât à la renonciation. » Et il cite, à l'appui de son opinion, ce passage de la loi 65, au Dig. *Pro socio* : « *Hæc ità accipienda sunt, si nihil de hoc in coeundâ societate convenit.* »

La solution de l'arrêt de Lyon est conforme à ces autorités, et c'est assurément la plus grave des présomptions en sa faveur. Elle ne nous semble cependant pas à l'abri de la critique.

En permettant à chaque associé, quand il le jugerait à propos, d'abréger le cours des sociétés contractées sans limitation de temps, la loi a voulu empêcher que la vie d'hommes intelligents ne se consumât dans l'accomplissement de conventions qui, sans compensations suffisantes, les condamneraient à de stériles occupations, sans cesse mêlées des querelles qu'enfante la communauté d'intérêt. La loi n'a pas eu d'autre but. Or, les inconvénients dont elle s'est préoccupée, cesseront-ils, parce que, dans le pacte qui les lie, les parties auront déclaré qu'elles s'interdisent la faculté que le droit leur accorde? L'arrêt de Lyon allègue que la règle posée dans l'article 1869 ne tient pas à des motifs d'intérêt et d'ordre publics; soit : mais il n'en est pas autrement dans le cas prévu par l'article 815; et cependant aucune stipulation, si formelle qu'elle soit, ne peut obliger les copropriétaires à rester indéfiniment dans l'indivision. Il y a bien, entre ces deux cas, cette différence que, dans l'article 815, la loi a formellement expliqué qu'elle ne tiendrait pas compte des renonciations faites par les communistes, et que rien de semblable n'est exprimé dans l'article 1869. Mais la pensée de la loi est la même. Dans les deux hypothèses, elle se détermine par la considération des embarras inhérents aux communautés qui ne cessent pas; et à moins de rendre illusoire la seconde disposition, il faut y ajouter ce que contient la première, la nullité des renonciations faites dans l'acte même de société. La prévoyance de la loi serait bien vaine, si on pouvait la paralyser par une clause de style (**Add.** TROPLONG, n° 975.)

668. L'esprit général du droit est de rejeter toute renonciation anticipée aux facultés dont l'exercice appartient à l'avenir. Ainsi, on ne peut renoncer à la prescription qui n'est pas acquise; on ne peut s'interdire la faculté de demander un partage, en cas d'indivision; on ne peut davantage renoncer au droit de demander la dissolution des sociétés à terme, s'il survient des causes de nature à justifier la rupture du contrat. La loi romaine et la doctrine des auteurs sont d'accord sur ce dernier point. Comment donc la renonciation qui s'applique aux sociétés illimitées aurait-elle plus d'effet? Comment, parce qu'elle est stipulée dans l'acte même de société, en couvrirait-elle le vice, et ferait-elle qu'un contrat illimité dans sa durée fût à l'abri de toute attaque?

669. Il ne faut pas, sans doute, enlever aux conventions leur efficacité; les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et doivent être exécutées de bonne foi : mais il ne faut pas, non plus, dans la crainte de les violer, leur donner une autorité qu'elles ne comportent pas. Ainsi, c'est une chose raisonnable et juste que, lorsqu'un acte ou un contrat est entaché d'un vice quelconque, la renonciation à se prévaloir de ce vice élève contre les attaques postérieures une insurmontable barrière. Celui auquel on oppose l'acte ou la convention pouvait, en invoquant la nullité, les réduire au néant; il abandonne cette faculté; l'acte ou la convention dès lors sont à l'abri de toute atteinte : le vice a complétement disparu. En droit, il n'y a pas de différence entre un acte régulier, et un acte nul, mais dont la partie intéressée a, de son plein consentement, couvert la nullité. Ainsi, l'exploit auquel manque une des formalités essentielles, selon la loi de procédure; le testament qui n'a pas été rédigé avec les solennités requises; l'acte sous seing privé qui n'a pas été fait en double original; la donation qui n'a pas été transcrite, tirent de la volonté de la partie contre laquelle on s'en prévaut la force d'exécution qui pouvait leur être déniée; une renonciation légalement exprimée leur confère toute la perfection qui leur manque. L'exploit est désormais valable, le testament régulier, l'acte sous seing privé conforme à la loi, la donation inattaquable. Mais il faut bien le remarquer, la renonciation dans laquelle ces actes puisent les éléments nécessaires à leur validité, ne fait pas violence à la nature des choses; elle n'a pas pour objet et pour résultat de changer le principe des conventions; tout son effet se borne, en purgeant le vice dont elles sont entachées, à les restituer dans leur forme légale; et, encore une fois, il est tout simple que, dans ces cas, la partie qui renonce ne puisse ultérieurement ranimer les nullités qu'elle a couvertes, pour en tirer profit.

Mais quand il s'agit de sociétés illimitées dans leur durée, qu'importe que les associés se soient directement ou indirectement interdit la faculté d'en demander la dissolution? La nature de la société change-t-elle pour cela? n'est-elle pas ce qu'elle était avant, illimitée dans sa durée? La renonciation empêche-t-elle qu'elle n'ait tous les inconvénients dont le remède est dans la faculté sans cesse ouverte de rompre le contrat? C'est évidemment se jouer de la loi, que d'en paralyser l'application par une formule dont le résultat n'est pas de corriger, mais, au contraire, de confirmer le caractère et les effets de la convention : toutes les renonciations du monde ne peuvent pas empêcher qu'une société contractée, sans limitation de temps, tombe sous l'application de l'article 1869 du code (*Vinnius ad Instit.*, lib. III, tit. XXVI, § 4).

670. Le système adopté par la cour de Lyon ne tend à rien moins qu'à confisquer la règle. Son arrêt, en effet, tire de l'ensemble des stipulations une renonciation implicite, et c'est en supposant que les associés n'ont pas voulu se réserver la faculté de révoquer le contrat, qu'il la leur dénie : mais à ce compte, les parties sont livrées à l'arbitraire, et la plus abusive interprétation peut les priver de leur droit. Il faut, pour prévenir ces dangers, revenir à la loi, et s'attachant à sa pensée comme à son texte, décider qu'une renonciation anticipée, et dont l'effet n'est pas de modifier la nature ou les stipulations de la société, ne peut fermer la porte aux réclamations de l'associé qui, se fondant sur le caractère illimité de la convention, en demande la dissolution.

671. L'associé qui veut se retirer doit, aux termes de l'art. 1869, notifier sa volonté aux autres associés. Lié envers tous, il faut qu'il fasse savoir à tous qu'il ne veut plus de la convention, afin que s'ils ont les moyens de repousser la demande, ils les préparent et les proposent; que dans le cas contraire, ils s'entendent pour la liquidation.

La notification doit être faite par acte d'huissier : la prudence le veut ainsi, pour qu'il n'y ait pas de dénégation frauduleuse (**Add.** TROPLONG, n° 981).

672. Si la notification n'est pas faite à tous, la société n'est dissoute, ni à l'égard de ceux à qui elle n'a pas été faite, à moins qu'ils ne jugent à propos de

se tenir pour avertis, ce qui leur est permis; ni à l'égard de ceux qui l'ont reçue, la société ne pouvant être dissoute pour partie seulement. Il en est de même dans le cas où la notification est irrégulière. Ceux qui peuvent en demander la nullité sont autorisés, selon leur intérêt, à considérer la société comme existante encore, ou comme dissoute.

Quand tout le monde, en un mot, n'a pas été mis en demeure, il n'y a d'engagé que l'associé qui renonce : ses coassociés sont libres de maintenir ou de briser le contrat.

La même solution s'applique au cas où, quoique notifiée régulièrement, la renonciation est faite à contre-temps : *socius socium à se, non se à socio liberat* (**Add.** Troplong, n° 982).

673. 2° *La société, quand elle est limitée dans sa durée, finit aussi par la volonté qu'un seul ou plusieurs expriment de n'être plus en société, si cette volonté repose sur de justes motifs.*

Lorsque les parties ont réglé la durée du contrat, la loi suppose qu'elles ont entendu rester engagées jusqu'au terme fixé d'accord; le terme stipulé dans la convention de société n'oblige pas moins étroitement les parties, que dans les autres conventions. Quelle raison, quand un bail doit durer jusqu'à l'époque que les contractants ont déterminée, pour que la clause qui règle la durée d'une société soit moins fidèlement accomplie? *quæ primùm voluntatis, posteà fiunt necessitatis.*

Mais la société peut, comme toute autre convention, cesser avant le terme, si l'état des choses devient tel, qu'il ne soit plus permis d'atteindre le but que se proposaient les associés (**Add.** Troplong, n°s 985 et suivants).

674. « La dissolution des sociétés à terme, porte « l'art. 1871 du code civil, ne peut être demandée, « par l'un des associés, avant le terme convenu, « qu'autant qu'il y en a de justes motifs; comme « lorsqu'un autre associé manque à ses engagements, « ou qu'une infirmité habituelle le rend inhabile aux « affaires de la société, ou autres cas semblables, dont « la légitimité et la gravité sont laissées à l'arbitrage « du juge. »

Aux exemples cités dans la loi on peut ajouter les suivants :

Si le gérant de la société refuse à l'un des associés l'exercice de ses droits : la cour de Paris a jugé, par arrêt du 3 janvier 1839 (Dalloz, XLI, 1, 280), que le refus d'admettre un actionnaire dans les assemblées générales, autorisait cet actionnaire à se retirer de la société, en se faisant rembourser son apport;

Si la conduite de l'un des associés appelle sur la société le discrédit, ou s'il malverse dans les fonctions qui lui ont été confiées : *si ità injuriosus aut damnosus socius sit, ut non expediat eum pati* (l. 14, D. *Pro socio*);

Si par des causes indépendantes de sa volonté, pour obéir aux lois, un des associés est obligé de s'éloigner, et que ses attributions dans la société ne puissent passer en d'autres mains;

Si l'auteur, dont l'apport consiste en industrie, a donné des preuves d'incapacité qui exposeraient la société à des pertes certaines;

Si le capital social est tellement diminué, que les spéculations en vue desquelles s'est formé le contrat, ne puissent plus se réaliser.

675. Malepeyre ajoute comme justes motifs de dissolution :

L'incompatibilité d'humeur, la témérité ou la timidité excessive de l'un des associés dans les affaires de la société.

L'incompatibilité d'humeur peut, sans doute, entraîner la dissolution des sociétés, quand elle est portée à ce point, que tous rapports deviennent impossibles, et qu'au lieu de l'harmonie dont l'exploitation sociale a besoin, il n'y a que débats et querelles entre les associés. Mais on peut abuser de ce moyen. Une opposition légale, légitime, peut être signalée comme un témoignage de discorde : il y a des caractères impatients de toute résistance, enclins à convertir en sentiment d'hostilité l'exercice le plus modéré du droit de contrôle, toujours disposés à se plaindre, dès qu'on ne cède pas à leur volonté. C'est aux juges de ne pas confondre avec l'incompatibilité d'humeur le mécontentement que peut engendrer la discussion entre les associés (**Add.** Troplong, n° 993).

Quant à la témérité, ou à la timidité excessive dans le maniement des affaires sociales, il nous paraît difficile d'y voir une cause de dissolution. La témérité et la timidité sont des défauts purement relatifs, et qu'on ne peut apprécier qu'après l'événement. L'opération la mieux conçue peut échouer; une folle entreprise peut réussir; ce qui semble le plus sûr, être un sujet de ruine. C'est la fortune qui décide de tout. Il ne faut donc pas souffrir que sur des allégations de ce genre, un des associés entreprenne de rompre le contrat; ou autrement, les causes les plus frivoles seront une occasion de procès (**Add.** Troplong, n° 994 2°).

676. La cour de Lyon a décidé, le 18 mai 1825 (Dalloz, t. XII, p. 121), que la volonté d'un seul associé suffisait pour entraîner la dissolution d'une société à terme, sauf aux associés contre le gré desquels la convention était rompue, à réclamer des dommages-intérêts.

L'arrêt est fondé sur les motifs suivants :

« Que les sociétés commerciales se trouvent régies, non pas seulement par les dispositions spéciales du code de commerce qui s'y rapportent, mais aussi par les diverses règles qu'a posées le code civil, soit relativement aux contrats ou obligations en général, soit relativement au contrat de société en particulier; et que ce sont des règles de droit, applicables aux sociétés commerciales, suivant l'art. 1873 du code civil, dans tous les points qui n'ont rien de contraire aux lois et usages du commerce;

« Qu'une des règles relatives aux contrats ou obligations, en général, est celle portée en l'art. 1142 du code civil, où il est dit que « toute obligation de faire « ou de ne pas faire se résout en dommages et inté- « rêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur; » que cette disposition n'est qu'une conséquence du principe si connu : *Nemo potest præcisè cogi ad factum;*

« Qu'en effet, si la personne qui s'est obligée à faire une certaine chose ne veut pas la faire, il n'y a aucune voie coercitive et légale qui puisse l'y forcer, et que tout moyen manquant pour la contraindre à agir, son obligation ne peut plus consister qu'à la rendre passible d'une juste indemnité pour ce défaut d'exécution, causé par son refus de vouloir faire la chose qu'elle a promise;

« Que l'espèce de société commerciale désignée sous le nom de société en nom collectif, doit bien être comprise au nombre des contrats ayant le caractère qu'on vient de déterminer, puisqu'elle consiste, de la part de ceux entre qui elle se forme, à faire le commerce en commun sous une raison sociale, commerce à la gestion duquel chacun d'eux s'oblige de participer, et qu'on sait qu'il est dans l'essence d'une telle société qu'elle ne puisse subsister qu'autant que chacun des associés persévère dans la volonté de concourir personnellement, par son propre travail, à cette gestion, pour laquelle tous les membres de la société

ont promis de mettre en commun leur activité et leur industrie;

« Que, dès lors, toute société en nom collectif doit nécessairement se dissoudre, ou plutôt qu'elle tombe par le fait en dissolution, dès l'instant qu'un des associés veut cesser d'agir, pour ce qui concerne ladite gestion commune, et qu'une demande en dissolution, formée de sa part, a manifesté cette volonté; qu'ainsi, et comme il y a impossibilité que l'associé dissident soit contraint de participer aux opérations sociales par ce concours personnel auquel il se refuse, il est vrai de dire qu'alors la société finit par la volonté d'un seul des associés, lequel, en ce cas, demeure seulement obligé, suivant l'article du code civil précité, pour les dommages et intérêts résultant de ce qu'il y a eu de sa part inexécution du contrat de société;

« Qu'on se fonde en vain sur les dispositions portées aux art. 1869 et 1870 du code civil, pour vouloir prétendre que les sociétés commerciales en nom collectif, contractées à terme, c'est-à-dire pour un temps déterminé, ne seraient pas susceptibles de finir ainsi, avant l'expiration du terme convenu, par la simple volonté d'un seul des associés, sans le consentement des autres;

« Qu'en effet, ces deux articles, ainsi que tous ceux compris dans le titre du code civil d'où ils sont tirés, ne se rapportent qu'au contrat de société en général, mais qu'ils ne concernent pas spécialement les sociétés en nom collectif, lesquelles participent essentiellement, comme il a été dit ci-dessus, à la nature de ces contrats qui, constituant l'obligation de faire ou de ne pas faire, sont régis d'une manière toute particulière par l'art. 1142 du même code, rapporté plus haut, et n'emportent tous, conformément à icelui, qu'une obligation résoluble en dommages et intérêts, dans le cas d'inexécution.

« Qu'au surplus, il est vrai que les dispositions portées auxdits art. 1869 et 1870 ont consisté à établir une distinction entre les sociétés dont la durée est illimitée, et celles contractées pour un temps déterminé; qu'à l'égard des premières, l'art. 1869 dispose que la dissolution s'en opère par la seule volonté d'une des parties, et qu'à l'égard des secondes, l'art. 1870 veut que la dissolution ne puisse être demandée par l'une des parties avant le terme convenu qu'autant qu'il y en a de justes motifs, desquels la légitimité et la gravité sont laissées, est-il dit, à l'arbitrage des juges; d'où il suit qu'alors la fin, la cessation de la société avant le terme convenu étant mise en question, deviendrait ainsi en elle-même un sujet de contestation, et que les juges appelés à en connaître auraient à décider, si la société devra ou non continuer de subsister jusqu'à son terme;

« Qu'un tel débat et une telle discussion sont de nature à ne pouvoir jamais concerner qu'une société relative à quelque objet dont la propriété ou les produits auraient été mis en commun, société dont la maintenue ne tient pas à un travail personnel, à une action quelconque de la part des associés, et dont tous, par conséquent, peuvent être contraints, s'il y a lieu, de subir la continuation; mais qu'au contraire, s'agit-il d'une société commerciale, contractée à terme, en nom collectif, son exercice comportant, comme on l'a expliqué, un concours de travaux, une gestion active de la part des associés, nulle contrainte n'est possible pour obliger de continuer à y participer ceux qui n'en ont plus la volonté; qu'ainsi, et comme l'ont dit les premiers juges, la dissolution se trouve évidemment hors de toute contestation, et qu'il ne peut exister de litige que pour les dommages et intérêts qu'aurait pu encourir l'associé demandeur en dissolution, s'il a voulu rompre la société avant son terme, sans motifs graves et légitimes. »

Cette solution ne doit pas être suivie. Il résulte clairement, de la combinaison des art. 1869 et 1871 du code civil, que la faculté conférée aux associés de se désister du contrat, quand bon leur semble, s'applique exclusivement aux sociétés dont la durée n'est pas fixée. Les sociétés à terme ne peuvent cesser, sur la demande d'un associé, qu'autant qu'il a de justes motifs de ne pas rester en société, le texte est d'une précision qui ne souffre pas la controverse.

L'arrêt, pour éluder ces dispositions, suppose qu'elles ne sont point applicables aux sociétés en nom collectif, parce que ces sociétés exigeant impérieusement le concours journalier des associés, elles ne peuvent subsister, quand cette condition manque, et qu'aucune puissance ne peut contraindre ceux qui ne le veulent pas, à participer aux affaires sociales.

Mais où l'arrêt a-t-il puisé cette distinction entre les sociétés en nom collectif et les sociétés civiles? Où trouver la preuve que l'art. 1871 se restreint dans son application aux sociétés qui, ayant pour objet ou la propriété, ou les produits d'un corps certain, ne réclament des associés aucun travail personnel? En général, le contrat de société exige de chacun des associés, les soins et les travaux propres à féconder le fonds social. C'est la règle dans les sociétés civiles comme dans les sociétés commerciales en nom collectif. Si la gestion peut être remise dans la main de quelques-uns des associés seulement, il est de principe que les efforts de l'industrie de tous appartiennent à la société, et c'est pour cela que le décès d'un seul entraîne la fin de la société. La loi suppose que la considération des personnes, de leur intelligence, de leur habileté a été la base de la convention. Les sociétés qui se bornent à la possession d'un corps certain, et à la perception des fruits qu'il peut produire, sont des exceptions : un tel contrat est moins une société qu'une communauté d'intérêts, une copropriété. Comment donc la loi aurait-elle pris souci d'un cas si rare, et si elle voulait faire une autre condition aux sociétés dans lesquelles le travail personnel des associés est un élément du contrat, ne l'aurait-elle pas exprimé?

Ajoutons que l'application de l'article 1142 du code civil aux sociétés commerciales en nom collectif, n'est pas rigoureusement exacte. Le contrat, en effet, n'engendre pas seulement une obligation de faire, puisque la gestion peut être confiée à un seul associé; il en résulte encore une obligation de donner. Un des principaux engagements des associés est de payer les dettes sociales. Qu'un peintre, après avoir promis un tableau, refuse de le faire, ou de le continuer après l'avoir commencé, le contrat ne peut que se résoudre en dommages-intérêts; on ne peut pas le contraindre à faire un travail essentiellement intime et personnel. Mais, sauf le cas tout exceptionnel où l'objet mis en commun consistant en un secret d'art, l'associé qui l'apporte à la société s'en est réservé la pratique exclusive, ce qu'un associé ne veut pas faire, un autre peut l'exécuter. Un tiers étranger à la société pourrait même être chargé de le suppléer. Pourquoi donc alors la volonté d'un seul romprait-elle le contrat? Le refus d'un locataire d'occuper les lieux qu'il a loués, ne le libère pas de ses obligations. Si on ne peut le forcer à l'habitation, on peut le contraindre au moins à payer les loyers, à réparer; il subit toutes les conséquences de la convention. Il en doit être de même de l'associé en nom collectif qui, sans justes motifs, veut s'affranchir de ses liens. Le refus de continuer sa collaboration, ne le dégage pas de l'obligation de payer les dettes; s'il survient des pertes, il en est passible, comme par le passé, dans ses biens et dans sa personne; il n'y a rien de changé. Sa man-

vaise volonté seulement le soumet à payer des dommages-intérêts équivalents au préjudice que son obstination cause à la société. Nous répétons que la seule exception admissible s'applique au cas où l'objet du contrat est un secret d'art, dont l'inventeur s'est réservé la connaissance et l'application. Comme la société ne peut pas marcher sans son concours, il faut bien qu'elle cesse, dès qu'il refuse de travailler, sauf aux associés à réclamer des dommages-intérêts proportionnés à la perte qu'ils souffrent. Mais dans tout autre cas, quand il s'agit d'un commerce ordinaire, la société doit continuer jusqu'au terme qui lui est assigné, aux risques et périls de l'associé récalcitrant. *Quæ primùm voluntatis sunt, postrà fiunt necessitatis.* La bonne foi ne permet pas que, sans motif, un associé se désiste d'un contrat dont l'exécution doit se prolonger pendant quelques années encore, et qu'à la condition de payer une indemnité, condition que sa fortune peut rendre légère, il expose ses associés à des pertes considérables, à la ruine peut-être. Les conventions ne peuvent se dissoudre que dans les cas expressément réglés par la loi (**Add.** Troplong, n° 990).

Nous terminerons par quatre observations :

677. La première, c'est que, dans le cas où les associés se sont interdit la faculté de demander la dissolution, même sous une clause pénale, ils le peuvent cependant, si les circonstances légitiment cette réclamation. Le jurisconsulte romain fait remarquer qu'une telle stipulation est sans force, parce que, alors même qu'elle n'existerait pas, les associés ne seraient pas admis à se désister, avant le temps, de la société, s'ils n'en avaient pas de justes motifs, et que, lorsqu'ils en ont, ils ne peuvent être condamnés à l'exécution d'un contrat dont les conditions ne sont pas respectées. *Quid, si convenit ne abeatur, an valeat? Eleganter Pomponius scripsit, frustrà hoc convenire : nam etsi convenit, si tamen intempestivè renuntiatur societati, esse pro socio actionem, sed etsi convenit ne intrà certum tempus societate abeatur, et ante tempus renuntiatur, potest rationem habere.* (l. 14, D. *Pro socio*).

Il serait injuste, ridicule, absurde, que lorsqu'un des associés n'accomplit aucun de ses engagements, lorsqu'il est infirme, absent, ou qu'il commet des malversations, l'autre associé fût obligé, parce qu'une renonciation a été stipulée, de rester dans les liens du contrat. Il n'y a pas de renonciation valable, quand elle a pour objet des faits qui ne sont pas encore nés.

678. La deuxième observation, c'est que, dans tous les cas que nous avons énoncés dans le 2ᵉ §, le juge peut admettre ou rejeter la demande en dissolution. L'appréciation des causes alléguées est dans son domaine, et encore que les faits soient matériellement constatés, il peut, en raison des circonstances qu'il arbitre, en écarter la conséquence. Ainsi, par exemple, nonobstant la preuve acquise qu'un des associés est infirme, inhabile aux affaires de la société, si le concours de cet associé n'est pas indispensable, ou qu'il puisse être remplacé, la dissolution peut ne pas être prononcée.

679. La troisième observation, c'est que les causes de dissolution, lorsqu'elles sont indépendantes de la volonté des parties, n'exposent pas celles dont elles procèdent, à des dommages-intérêts ; que, dans le cas contraire, les juges peuvent, en prononçant la dissolution, condamner à une indemnité l'associé dont la conduite l'a rendue nécessaire.

680. La quatrième, enfin, c'est que, dans tous les cas où la dissolution a lieu, que la société soit à terme ou sans limitation de temps, il y a nécessité de la publier, conformément aux art. 42 et 46 du code de commerce. La dissolution, qui n'est pas rendue publique, est non avenue envers les tiers.

CHAPITRE II.

EFFETS DE LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS.

SOMMAIRE.

681. La dissolution de la société change complétement les rapports existants entre les parties. Une simple communauté d'intérêts succède à la société. Toute négociation nouvelle est interdite. Cependant, lorsque la dissolution a lieu avant le terme fixé par le contrat rendu public, les actes faits de bonne foi, par un des gérants, sont valables. On applique à ce cas les règles du mandat.

682. La dissolution est suivie de la liquidation et du partage.

683. § 1. *Liquidation.* L'institution des liquidateurs est de date récente.

684. Le code de commerce ne s'en est pas occupé. Pourquoi ?

685. Le choix du liquidateur est fait par la majorité des anciens associés, à moins que le contrat de société ne contienne à cet égard des stipulations ou des désignations expresses.

686. Le liquidateur, dont les attributions ont été réglées, doit se conformer scrupuleusement à l'acte dont il tire ses pouvoirs.

687. Mais, si l'acte qui organise la liquidation est muet, le liquidateur, considéré comme un simple mandataire, ne peut faire que les actes tendants à l'accomplissement nécessaire de la mission qui lui a été conférée.

688. Le liquidateur ne peut ni transiger, ni compromettre, ni emprunter, ni aliéner ou hypothéquer les immeubles dépendant de la société dissoute, sans y être spécialement autorisé.

689. Il a capacité pour régler les comptes des débiteurs de la société, les poursuivre, recevoir le montant des créances, en donner quittance, vendre les marchandises.

690. A-t-il le pouvoir de négocier les effets de portefeuille ?

691. Si, avant la dissolution de la société, le gérant a reçu de ses coassociés le mandat de vendre les immeubles sociaux, il peut faire, comme liquidateur, et sans nouveau pouvoir, ce qu'il aurait fait légalement, en qualité de gérant.

692. Arrêt de la cour de cassation en ce sens.

693. Le liquidateur, quoique assimilé au mandataire, agit en

son nom personnel. Les créanciers peuvent également l'attaquer seul ; ils ne sont pas obligés de mettre en cause les anciens associés.

694. Droits et devoirs des liquidateurs.

695. Les actes émanés du liquidateur, dans la limite de ses pouvoirs, ne peuvent, sauf le cas de fraude, être contestés par les anciens associés.

696. § 2. *Partage.* Lorsque le liquidateur a réalisé l'actif social et payé les dettes, ce qui reste est partagé entre les anciens associés, conformément à la convention qui les lie.

697. On doit, avant le partage, régler les comptes de chaque partie.

698. Les comptes faits, on opère les prélèvements résultant des stipulations sociales.

699. Le doute s'interprète contre l'associé qui demande à prélever sa mise. Dissentiment avec Pardessus.

700. Les règles concernant le partage des successions s'appliquent au partage entre associés.

701. On forme d'abord la masse active, dans laquelle on comprend tout ce qui fait partie du patrimoine commun ; on compose ensuite les lots.

702. La possession qu'aurait eue un des anciens associés d'une partie de l'actif social, ne fait obstacle au partage qu'autant que cette possession a les qualités requises pour opérer la prescription.

703. Si les immeubles peuvent se diviser en nature, chacun en prend sa part. Dans le cas contraire, une licitation a lieu. On suit à cet égard les stipulations du contrat.

704. A moins que l'un des associés n'ait laissé des héritiers mineurs. On doit, en ce cas, accomplir les formalités exigées par la loi de procédure. Dissentiment avec Pardessus.

705. Le partage est fondé sur cette idée, que chacun des anciens associés ne devant rien à la société dissoute, est copropriétaire de l'actif resté libre. Si donc un de ces associés est créancier d'une somme équivalente à l'émolument de la liquidation, les tribunaux peuvent lui attribuer, en payement de sa créance, tout le patrimoine commun.

706. Dans tous les cas, les créanciers personnels des associés peuvent intervenir au partage, pour la conservation de leurs droits, et, en cas de fraude, en provoquer la nullité.

707. Le partage opéré produit les mêmes effets qu'entre cohéritiers. La propriété de chacun des copartageants se reporte au moment même où la société s'est dissoute. Il en est autrement dans le cas où la société n'a pas été régulièrement constatée et publiée. Arrêt de la cour de cassation en ce sens.

708. Les copartageants se doivent mutuellement garantie.

709. Un privilége sur les immeubles assure l'exercice de cette garantie, et le payement des soultes, mais à la condition formelle qu'il y ait inscription requise dans les soixante jours de l'acte de partage ou de la licitation.

710. Les copartageants peuvent demander la rescision pour dol, violence ou lésion de plus du quart.

711. La vente par l'associé qui se plaint de lésion, des choses dont se composait son lot, ne le rend pas non recevable en sa réclamation. Arrêts de la cour de Bordeaux et de la cour de cassation en ce sens.

712. C'est à la juridiction arbitrale, seule compétente pour apprécier les contestations entre associés, nées de la société, que toutes les questions relatives à la nullité ou à la rescision des partages doivent être soumises. Les demandes doivent être intentées au domicile des défendeurs.

713. L'art. 841 du code civil, qui autorise le retrait, ne s'applique point à la société.

714. Il n'est cependant pas interdit aux associés de stipuler qu'en cas de cession ils auront la faculté d'évincer le cessionnaire, en lui remboursant le prix qu'il a payé.

715. Les livres, titres et papiers de la société restent, après la liquidation terminée, dans les mains du liquidateur.

716. § 3. La dissolution laisse entiers les droits des créanciers sociaux ; ils peuvent agir contre le liquidateur, et, à défaut de payement, contre chacun des associés responsables et solidaires.

717. L'abandon fait par les associés à l'un d'eux, du tout ou partie de l'actif, à charge de payer les dettes, ne peut pas leur être opposé.

718. Le fonds social reste le gage exclusif de leurs créances.

719. A moins, cependant, que les choses qui leur étaient affectées ne se soient confondues dans le patrimoine du liquidateur, et ne soient plus reconnaissables. Examen d'un arrêt de la cour de Grenoble, du 1er juin 1731, relatif à cette question.

720. Tant que la liquidation n'est pas faite et le partage opéré, les actions doivent être exercées devant le tribunal du lieu où la société avait son siége.

La seule modification apportée aux droits des créanciers sociaux est dans la durée de leur action contre les associés non liquidateurs.

COMMENTAIRE.

681. Le principal effet de la dissolution des sociétés, est de changer la nature des rapports existants entre les parties. Il n'y a plus, dès ce moment, de relations sociales, mais une simple communauté d'intérêts. Les pouvoirs des gérants cessent. Les fruits des mises qui ne consistent que dans la jouissance des objets, appartiennent à l'associé qui a fait l'apport, et toute négociation qui ne serait pas la suite des affaires déjà commencées, est interdite. Il y a cependant une distinction résultant de la nature même des choses. Quand la société finit au terme qui lui est assigné par la convention rendue publique, personne, ni les associés ni les tiers, ne peut prétexter d'ignorance. Tout marché qui ne se réfère pas à des faits accomplis, est donc nul de droit. L'associé qui a traité, en le supposant de bonne foi, ce qui est difficile, car il ne peut ne pas connaître les conventions qu'il a signées, n'a pas capacité pour obliger la société dissoute. Si, au contraire, la société, soit illimitée, soit à terme, a été dissoute, pendant qu'un des associés en voyage s'occupait des affaires communes, toutes les transactions qu'il aura faites de bonne foi, c'est-à-dire, avant que la dissolution fût connue de lui, sont valables ; les payements opérés dans ses mains, libératoires pour les débiteurs : on applique à ce cas les règles du mandat : *Si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde sequatur res de quâ societatem coierunt, eâdem distinctione utemur quâ in mandato; ut si quidem ignota fuerit mora alterius, valeat societas; si nota, non valeat* (l. 65, § 10, D. *Pro socio*).

Nous n'avons pas besoin de répéter, que si la dissolution n'a pas été régulièrement publiée, la société ne cesse pas à l'égard des tiers, et que les engagements contractés envers eux, sous la raison sociale, sont obligatoires pour tous les associés, comme si la société

subsistait encore (**Add.** Troplong, nos 996, 991).

682. Au reste, la communauté qui succède à la société ne peut être qu'un état transitoire. Le but que se proposaient les parties est atteint. Leurs intérêts ne peuvent rester confondus. Or, pour les séparer, il faut liquider, c'est-à-dire payer les dettes sociales, faire le compte de chaque associé, et s'il existe un excédant d'actif mobilier ou immobilier, le partager dans les proportions que le contrat a déterminées.

§ I. — LIQUIDATION.

683. L'usage de choisir un liquidateur auquel est confié le soin de réaliser l'actif et d'éteindre les dettes de la société, est de date récente. Savary, qui a rassemblé avec tant de soin et d'intelligence les règles des sociétés commerciales, et les a réduites en formules, exprime que la société finie, on doit partager les marchandises en nature, faire des lots des créances, les tirer au sort, et qu'après remise à chacun de la part qui lui revient, tout est définitivement consommé.

Mais quand une société a duré longtemps, et a fait de nombreuses opérations, quand elle possède à sa dissolution un actif considérable, mais disséminé dans plusieurs mains, embarrassé d'un recouvrement plus ou moins incertain, et que les dettes sont nombreuses, c'est une grave et difficile chose que la liquidation. Il faut, pour la mener à bien, de l'habileté, de la résolution, de la prudence; il faut de l'ensemble surtout, et les tiraillements inévitables entre associés armés de droits égaux, sont une cause infaillible de troubles et de dommages. C'est pour échapper à ce danger que l'usage s'est introduit de remettre tous les pouvoirs entre les mains soit d'un associé, soit d'un tiers étranger à la société, avec mission de la liquider (**Add.** Troplong, nos 1000-1003).

684. Lorsque le code de commerce fut discuté par le conseil d'État, on examina s'il ne conviendrait pas de régler les droits et les devoirs des liquidateurs; mais après réflexion, cette idée fut abandonnée. Il sembla plus à propos de laisser aux parties intéressées le soin d'organiser la liquidation, d'en choisir les agents, et d'en fixer les conditions.

685. Suivant Pardessus, dans le cas où le liquidateur n'a été nommé ni par l'acte de société, ni par l'acte de dissolution, quand elle résulte de la volonté des parties; ni par la décision des arbitres, quand l'intervention des tribunaux a été nécessaire; s'il y a plusieurs prétendants, on doit préférer un des associés survivants aux héritiers de l'associé mort; à égalité de droits, celui des associés qui, pendant la société, a rempli les fonctions qui se rapportent le plus aux opérations de la liquidation; à défaut, celui qui a créé l'établissement social; à défaut encore, celui qui a fait la plus forte mise; enfin, ceux qui ont avancé le plus de fonds, ou dont les noms figurent dans la raison sociale...

Ce sont là de simples conseils que les associés peuvent, à leur gré, rejeter ou suivre, comme on l'a reconnu dans la discussion du conseil d'État : « Quand « l'acte de société n'a pas déféré la liquidation à l'un « des associés, elle n'appartient de droit à aucun en « particulier; elle est la propriété de tous. »

Les associés peuvent donc la conférer à qui bon leur semble : à l'associé jusqu'alors le moins utile; à un simple commanditaire (arrêt de Bordeaux, 20 août 1839; Dalloz, XL, 2, 44), à un étranger même. La majorité fait la loi. Il n'y a de droit acquis, qu'à celui que la convention a investi de la liquidation.

686. Lorsque l'acte qui institue le liquidateur, a déterminé ses pouvoirs, il doit y conformer sa conduite, et ne rien faire au delà de ce qui lui est permis (**Add.** Troplong, nos 1009, 1010).

687. Mais quand l'acte est muet, quelle est l'étendue de ses attributions et quels droits peut-il exercer? Une vive controverse s'est engagée à cet égard. Selon les uns, le liquidateur a tous les pouvoirs de la société qu'il représente, il peut vendre, hypothéquer, emprunter, créer des effets de commerce pour payer les dettes sociales; il peut transiger et compromettre. C'est l'opinion qu'exprimaient les principaux négociants de Paris, dans des parères produits à la cour royale en 1808, et qu'un arrêt du 10 août 1809 confirmait, en validant le compromis émané du liquidateur d'une société commerciale, par ce motif digne de remarque : « Que, lorsque le liquidateur a commencé par être gérant, ses pouvoirs reçoivent, de cette circonstance, un accroissement marqué. » (Pardessus, t. IV, p. 374.)

Selon d'autres, au contraire, le liquidateur n'est qu'un mandataire chargé d'administrer, incapable, sans autorisation spéciale, de disposer de l'actif social; il n'a pas même le droit de transmettre, par endossement, les effets de portefeuille, pour satisfaire les créanciers.

Il y a, ce nous semble, exagération des deux parts.

Lorsque la société subsiste, la propriété du fonds social réside exclusivement en elle, et le gérant qui la représente, peut en disposer, pour atteindre le but du contrat. Il peut l'aliéner, l'engager; c'est à la fois son droit et la condition de la gestion. Comment ferait-il des opérations commerciales sans aliéner, sans engager le fonds social?

Quand, au contraire, la société se dissout, la propriété collective cesse, et fait place à la propriété individuelle. Chaque associé a un droit indéterminé sur chaque partie de l'actif social; c'est désormais une communauté dans laquelle les droits des communistes ne peuvent être diminués sans leur assentiment. Lors donc que la liquidation s'institue, le liquidateur n'agit pas pour un être moral qu'il personnifie, et dont il reçoit ses pouvoirs; il agit pour tous et chacun des anciens associés, en vertu des pouvoirs que ceux-ci lui confèrent; car, de quelque manière qu'il soit nommé, c'est de la volonté directe ou présumée des anciens associés que son droit procède. D'un autre côté, l'objet de la liquidation n'est pas de faire des opérations de commerce, mais de terminer les affaires pendantes, de dégager l'actif commun des dettes qui le grèvent, de le réaliser, et après déduction des charges, d'opérer entre les intéressés un partage conforme aux stipulations du contrat. Le liquidateur fait ce que les anciens associés auraient fait en commun, s'ils n'avaient craint qu'une liquidation collective ne fût une source d'embarras. C'est donc un mandat que le liquidateur exerce (**Add.** Troplong, nos 1009-1013.)

688. Ainsi l'a jugé la cour suprême, en cassant, le 15 janvier 1812, l'arrêt ci-dessus rappelé de la cour de Paris, qui avait accordé au liquidateur d'une société commerciale la faculté de compromettre.

« La cour, vu l'art. 2, titre I de la loi du 24 août 1790, ainsi conçu : « Toutes personnes ayant le « libre exercice de leurs droits et de leurs actions, « pourront nommer un ou plusieurs arbitres, pour « prononcer sur leurs intérêts privés, dans tous les « cas et en toutes matières, sans exception. » Vu aussi l'art. 1003 du code de procédure civile, portant : « Toutes personnes peuvent compromettre sur les « droits dont elles ont la libre disposition. » Vu, enfin, l'art. 1989 du code civil, qui dispose que le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat, et que le pouvoir de *transiger* ne renferme pas celui de compromettre;

« Attendu qu'en point de droit commun, ne des

lois romaines, reçu comme maxime dans le droit français, et converti en loi positive et nationale par l'art. 1989 du code civil, le mandataire ne peut compromettre pour son mandant, s'il n'en a le pouvoir spécial et exprès, jusque-là même que le pouvoir de transiger ne renfermerait pas celui de compromettre;

« Attendu que ce point constant en législation tient à cet autre principe, également consacré par les lois, que, pour pouvoir *compromettre*, il faut avoir le libre exercice des biens, des droits et des actions sur lesquels on compromet;

« Attendu que le liquidateur d'une société dissoute ne peut être considéré et n'est en effet que le simple mandataire des anciens membres de cette société; que sa qualité préexistante (et lorsque la société subsistait) d'associé gérant, et les pouvoirs, quels qu'ils pussent être, qui étaient attachés à cette qualité, n'ont pu avoir, et n'ont eu que la durée de l'acte social duquel ils dérivaient; qu'ils ont nécessairement cessé avec la société, et que le nouvel acte qui a conféré au même individu la qualité de liquidateur, ne lui a conféré qu'un nouveau mandat et un mandat ordinaire;

« D'où il suit que la cour d'appel de Paris, par son arrêt du 10 août 1809, ayant validé, au regard de Michel jeune, les compromis passés par Michel aîné, tant en son nom personnel, que comme liquidateur de la maison connue sous l'ancienne raison de Michel frères, a formellement violé le susdit art. 1989 du code civil, et avec lui les lois et les principes antérieurs, dont il n'est qu'une répétition et une déclaration plus solennelle;

« Attendu qu'on ne saurait pallier cette violation, en invoquant l'art. 1873, portant : « Les dispositions « du présent titre ne s'appliquent aux sociétés de « commerce, que dans les points qui n'ont rien de « contraire aux lois et aux usages du commerce, » puisque, sans même s'étayer de cet article, sans s'étayer d'aucune loi commerciale qui attribue au liquidateur d'une société terminée des pouvoirs plus étendus qu'à un mandataire ordinaire, sans s'étayer d'aucuns usages commerciaux alors existants, lesquels encore auraient dû être préalablement et légalement constatés, la cour de Paris a nettement et généralement décidé en point de droit absolu qu'après la dissolution de la société, « le pouvoir de l'associé gérant se « continue dans sa personne, pour toutes les affaires « non terminées, et non-seulement ne souffre point de « diminution, mais reçoit un accroissement marqué « et s'exerce par ledit associé sans partage et dans « toute sa plénitude, lorsqu'il est revêtu de la qualité « de liquidateur; » doctrine inconciliable avec le principe général et le texte de la loi, d'après lesquels le mandataire ne peut rien faire au delà de ce qui est porté dans son mandat, et le pouvoir de transiger ne renferme pas celui de compromettre; doctrine encore d'autant plus inadmissible, qu'elle tend à proroger sur la tête de l'un des ex-associés tous les pouvoirs sociaux dérivant du contrat de société, même alors que la société a été dissoute, et n'existe plus;

« Attendu que la cassation de l'arrêt du 10 août 1809, déterminée par ces motifs, entraîne nécessairement la cassation des autres arrêts postérieurs, en date des 31 du même mois, 13 et 28 septembre suivants, et rend sans objet l'examen du mérite du pourvoi contre l'arrêt du 1er février 1810, concernant la requête civile; par ces motifs, casse... » (*Journal du Palais*, 2e édit., t. XIII, p. 53) (**Add.** Troplong, n° 1023).

Ainsi, que le liquidateur ne puisse ni transiger, ni compromettre (arrêt de Paris, 18 juin 1828; Dalloz, XXXVI, 2, 34);

Qu'il ne puisse emprunter (cour de cassation, 3 août 1819; *Journal du Palais*, 2e édit., t. XXI, p. 523) (**Add.** Troplong, n° 1012);

Aliéner les immeubles;

Créer des hypothèques (arrêt de cassation, du 2 juin 1836; Dalloz, XXXVI, 1, 381; id., 3 août 1819, *suprà*) (**Add.** Troplong, n° 1022);

C'est un point de doctrine constant : les actes de cette nature excèdent la capacité du mandataire.

689. Mais il ne faut pas enfermer le liquidateur dans un cercle tellement étroit, qu'il ne puisse remplir sa mission sans recourir incessamment, et pour toute négociation, pour ainsi dire, aux associés dont il tient ses pouvoirs. Le mandat embrasse par lui-même, et sans stipulation, tous les droits que son exécution réclame. Qui veut la fin, veut les moyens. Le liquidateur tire de sa qualité seule la capacité nécessaire pour régler les comptes des débiteurs sociaux, en toucher le montant, et donner quittance; — pour vendre les marchandises au comptant, ou à terme, et quand la nécessité l'exige, négocier les effets du portefeuille (**Add.** Troplong, n°s 1015, 1016, 1017).

690. Un jurisconsulte qui s'est particulièrement occupé d'affaires commerciales (Horson, *Questions sur le code de commerce*, §§ 9 et 11), conteste formellement au liquidateur cette faculté d'endosser les effets que la société possède au jour de sa dissolution. Il soutient que, dans le silence des actes instituant le liquidateur, il faut appliquer avec rigueur l'art. 1988 du code civil, et restreindre aux simples faits d'administration le mandat qui lui est donné : à son avis, le système contraire exposerait à d'immenses dangers les anciens associés, en ce qu'il pourrait arriver que le liquidateur endossât des valeurs douteuses, ou même se fît souscrire, par gens peu solvables, des engagements dont il s'approprierait le montant, après les avoir négociés. La nécessité de pourvoir au payement des dettes n'est d'ailleurs à ses yeux qu'une considération secondaire, les associés ayant dû prendre leurs précautions à cet égard.

Frémery, p. 69, adopte cette doctrine, et la fortifie de cette observation, que négocier des effets de commerce pour s'en procurer la valeur, équivaut à un emprunt; et qu'il est insensé de tirer d'un mandat conçu en termes généraux, une faculté qui livre la fortune des anciens associés aux caprices du liquidateur (**Add.** Troplong, n° 1012).

Pour apprécier convenablement cette opinion, il faut écarter, avant tout, la supposition qui lui sert de base, que le liquidateur peut, en négociant des valeurs compromises pour s'en appliquer le produit, exposer à des recours ruineux les associés dont il tient son mandat. La fraude ne se présume pas. Le gérant d'une société en nom collectif ou en commandite peut, en souscrivant des effets qu'il revêt de la raison sociale, ruiner la société dont il est l'instrument, et de plus s'emparer indirectement de la substance des autres associés : est-ce une raison suffisante pour lui contester un pouvoir qui dérive de sa fonction? Les choses doivent être jugées, non d'après les inconvénients possibles, rien n'en est exempt en ce monde, mais selon la nature qui leur est propre, et leurs résultats ordinaires.

Or, ceci admis, nous ne comprenons pas bien comment on nie au liquidateur d'une société dissoute la capacité d'endosser les effets qu'il trouve dans le portefeuille. Son devoir, son premier devoir est de payer les dettes; il ne faut pas qu'on finisse par une faillite. Or, une demande est faite par des créanciers armés de titres incontestables; la caisse est vide, mais le liquidateur a dans les mains des valeurs commerciales, et il ne pourra pas, soit en les endossant au

profit des créanciers mêmes, soit en les négociant à des tiers, éteindre des réclamations qu'on ne peut pas ajourner! Que veut-on? qu'il fasse intervenir les anciens associés? Mais c'est pour éviter l'embarras d'un concours assidu que le liquidateur est institué... Qu'il obtienne un pouvoir spécial? Mais la conséquence la plus directe du mandat qui lui a été conféré est de payer les dettes sociales, et à cet effet de réaliser l'actif! Or, quel autre moyen de réaliser des effets non échus, que de les négocier? Si l'échéance eût permis d'en toucher le montant, avant la poursuite des créanciers; le liquidateur s'en serait servi pour les satisfaire, c'est pour arriver au même but qu'il les négocie, en quoi les anciens associés sont-ils lésés? On dit qu'ils sont exposés à des recours qui peuvent les ruiner : la supposition est inadmissible. Le recours exercé contre les anciens associés, dans le cas où l'effet n'est pas payé par le souscripteur, ne peut avoir d'autre conséquence que de les forcer à rapporter ce qu'ils ont reçu, ce que leur mandataire a consacré au payement d'une dette qui les obligeait. Leur condition n'est pas changée. Sans la négociation qui a eu lieu, ils auraient été poursuivis plus tôt, ils le sont plus tard; le seul danger qui les menace, est d'acquitter une obligation qui pesait sur eux légalement.

Quant à l'objection de Frémery, qu'un liquidateur ne peut emprunter, et que négocier des effets de commerce est la même chose qu'emprunter, la prémisse est vraie, mais la conséquence ne l'est pas. Si l'emprunt et la négociation des billets non échus se ressemblent en ce point, que l'une et l'autre opération a pour objet et pour résultat de se procurer des fonds, elles diffèrent singulièrement dans leurs effets. L'emprunt crée une dette nouvelle et qui ne peut s'éteindre que par un payement réel; la transmission par endossement n'engendre qu'une obligation conditionnelle, et dont l'événement, d'ailleurs assez rare, ne rend pas les associés plus pauvres qu'ils n'étaient, puisque c'est, comme nous l'avons vu, une simple restitution à faire.

La cour de cassation a implicitement résolu la question, par un arrêt du 13 juin 1831 (Dalloz, XXXI, 1, 201). Dans l'espèce, il s'agissait d'une créance transportée par un des membres survivants d'une société dissoute en 1796. La nullité du transport ayant été demandée, un arrêt de la cour de Paris, en date du 29 décembre 1827, la prononça, par ce motif, entre autres, que l'associé, dont on avait obtenu la cession, n'ayant pas été nommé liquidateur, n'avait pu vendre au delà de sa part afférente dans la créance. Sur le pourvoi, arrêt de rejet fondé sur cette raison :

« Que la cour de Paris constatant que la société s'était dissoute sans qu'il fût nommé un liquidateur, l'associé qui avait vendu, n'avait pu agir en cette qualité, et par conséquent disposer de la créance au delà de la part qui lui était propre. »

Il ne faut assurément pas oublier, dans l'appréciation des actes du liquidateur, qu'il n'a d'autre qualité que celle de mandataire. La doctrine que la cour de Paris émettait en 1809, et qu'elle a depuis désertée, que le gérant d'une société dissoute, quand il est nommé liquidateur, tire de cette circonstance un notable accroissement de pouvoirs, est une doctrine fausse et condamnable de tout point. Tout acte de disposition qui ne rentre pas directement dans la liquidation excède sa capacité. Mais tout ce qui tend à l'exécution du mandat, c'est à dire, à la réalisation de l'actif, pour payer les dettes, et faciliter le partage entre les anciens associés, tombe dans son domaine; il n'a pas seulement le droit de le faire, il en a le devoir. Il n'y aurait pas de liquidation possible, si pour la réalisation des valeurs sociales, il fallait sans cesse recourir aux associés, et en obtenir des autorisations spéciales. Le mandat embrasse tous les pouvoirs nécessaires à son exercice; qui veut la fin, veut les moyens.

691. Le liquidateur, avons-nous dit, ne peut aliéner les immeubles dépendant de la société. La chose est évidente; le mandataire ne peut, sans autorisation particulière, vendre les immeubles de ses mandants. Si cependant le liquidateur est l'ancien gérant, et que les associés lui aient donné mandat, avant la dissolution de la société, d'aliéner les immeubles, il peut le faire encore après la dissolution prononcée. La dissolution n'opère pas la révocation des pouvoirs qui lui ont été conférés. La dissolution qui met un terme aux opérations sociales, n'enlève, en effet, au gérant, que les pouvoirs dont l'exercice dépend de l'existence de la société, et sert à son exploitation. Il est tout simple, par exemple, que l'associé gérant ne puisse, quand le contrat a pris fin, signer de la raison sociale des effets de commerce, acheter des marchandises, ou faire avec les tiers des spéculations qui supposent la qualité de gérant. L'effet ne survit pas à la cause.

Mais quand son droit procède d'un mandat antérieurement conféré par les associés, et dont l'exercice est indépendant de l'existence de la société, si l'acte par lequel il est institué liquidateur ne lui enlève pas ses pouvoirs, il les conserve, et peut d'autant mieux en user, qu'ils s'appliquent plus directement encore à la société dissoute, qu'à la société fonctionnant (**Add.** Troplong, n° 1018).

692. C'est ce que la cour de cassation a jugé le 3 août 1819, en cassant un arrêt de la cour de Rennes, qui avait décidé le contraire :

« Considérant que Solier avait donné à Delarue, le 11 ventôse an XII, une procuration spéciale, confirmative d'une précédente, à l'effet de vendre tous les biens qui lui appartenaient, ou pourraient lui appartenir, soit privativement, soit en commun; qu'il est facile de reconnaître que l'objet de cette procuration était de faciliter les moyens d'acquitter les dettes de la société, dont la dissolution avait été arrêtée pour le 14 février 1808, avec pouvoir d'en faire la liquidation, dont Delarue fut spécialement chargé;

« Que l'arrêt attaqué a jugé, en droit, que le mandat pour liquider avait révoqué la procuration à l'effet de vendre, *ce qui est une erreur évidente :* car, la société une fois dissoute, Delarue n'aurait pu seul en suivre la liquidation, s'il n'en eût pas été chargé par un mandat particulier; mais, une fois porteur de ce mandat, qui n'avait rien d'inconciliable avec celui qu'il avait reçu précédemment, qui n'avait jamais été révoqué par Solier, et qui, comme cela a été précédemment observé, lui avait été conféré pour rendre plus facile la libération de la société, qu'il était dans l'intention des associés de dissoudre, il s'ensuit que la cour de Rennes ne pouvait pas, sans violer les lois du mandat, et sans commettre un excès de pouvoir, déclarer révoqué le pouvoir exprès et spécial de vendre, contenu dans la procuration du 11 ventôse an XII. »

Le même arrêt juge, ce qui nous paraît d'une parfaite justice, que la vente ou l'hypothèque émanant d'un liquidateur sans pouvoir, vaut pour la part qu'il a dans l'immeuble :

« Attendu que le domaine de la Pelleterie et l'hôtel Rohien appartenaient en indivis et par moitié à Delarue et Solier; que, quand Delarue n'aurait pas été autorisé par Solier, son ci-devant associé et son beau-frère, à vendre la moitié appartenant à ce dernier

dans les immeubles dont il s'agit, la vente par lui faite aurait toujours dû produire son effet, pour la moitié qui lui appartenait personnellement, puisqu'on ne pourrait pas raisonnablement dire qu'en vendant sa moitié, il aurait vendu la chose d'autrui; qu'en effet le propriétaire par indivis a, pour sa part, la propriété aussi entière que l'a sur la totalité de son domaine celui qui le possède seul, et qu'il peut, conséquemment, transmettre cette moitié comme il la possède, à la charge du partage ou de la licitation. »

Il ne serait pas juste que le copropriétaire, parce qu'il est en même temps mandataire, trouvât, dans l'abus qu'il a fait du mandat, un moyen de ressaisir la portion de l'immeuble qu'il a pu vendre légalement. Il n'appartient qu'à l'acquéreur, si cette partie ne suffit point à ses projets, de se désister de la vente, en réclamant, s'il y a lieu, des dommages-intérêts.

693. De ce que le liquidateur est assimilé au mandataire, il devrait résulter qu'il ne peut agir qu'au nom et pour compte de ses commettants; que les poursuites des tiers doivent être dirigées contre ceux-ci; les instances nécessaires au recouvrement des créances, intentées par eux; et telle est, en effet, la conséquence du mandat. Nul, en France, excepté le roi, ne plaide par procureur. Mais un usage s'est introduit, qui a force de loi maintenant : le liquidateur, simple mandataire envers les associés, jouit, au regard des tiers, d'une situation toute personnelle; il exerce, en son nom propre, les actions de la société dissoute, et répond de la même manière aux actions dont elle est l'objet. L'intérêt des tiers et des associés a fait admettre cette dérogation aux principes, pour éviter les frais et les lenteurs; sans que cependant le liquidateur, dont la mission se borne à réaliser l'actif, à payer le passif, à terminer les affaires commencées, puisse, en cette qualité de liquidateur, être condamné personnellement au payement des dettes sociales (**Add.** Troplong, n° 1021).

Mais s'il a reçu le pouvoir non-seulement de liquider, mais de continuer les opérations, il est tenu directement des obligations qu'il contracte. Ce n'est plus alors une liquidation qu'il fait, mais un commerce, et les tiers seraient exposés à trop de dangers, si l'action personnelle leur était déniée contre l'agent de ce commerce.

La cour de Paris a consacré cette distinction par un arrêt du 26 mars 1840 :

« Attendu que, par sentence arbitrale des 23 février et 20 mars 1839, la société en commandite pour l'exploitation de l'entreprise dite *de l'hydrotherme*, ayant été dissoute, Delépine et Durcier ont été nommés liquidateurs de ladite société, conjointement avec Boutoye, ancien gérant;

« Qu'ils ont été investis des pouvoirs les plus généraux, non seulement pour procéder à la liquidation de ladite société, mais encore pour en continuer les opérations, jusqu'à la vente et parfaite liquidation de l'établissement;

« Qu'en consentant à se livrer, d'une manière indéterminée, à de nouveaux actes de commerce, pour la continuation des affaires de la société, ils ne sont pas restés, vis-à-vis des tiers, dans les conditions de simples mandataires, mais sont devenus de véritables gérants, responsables et solidaires pour tous les engagements par eux contractés. » (Dalloz, XL, 2, 186.) (**Add.** Troplong, n° 1033.)

694. Le liquidateur donne et reçoit les assignations, interjette appel, et se pourvoit en cassation, sous son nom personnel. L'appel, ou le pourvoi, formé par un des anciens associés, plus de trois mois après la signification faite au liquidateur, serait frappé de nullité. Les anciens associés ne peuvent exiger que, pour donner cours aux délais, des significations leur soient faites individuellement (arrêt de Paris, du 12 decembre 1810; Dalloz, t. XII, p. 103, n° 6).

Le liquidateur peut, après les condamnations obtenues, prendre inscription, saisir, exproprier. Il est conforme à la logique, qu'il exécute en son nom les jugements rendus en son nom (**Add.** Troplong, n° 1021).

Il peut, quand les anciens associés sont débiteurs personnellement de la société, diriger contre eux des poursuites, et les contraindre à s'acquitter. Les associés sont, en ce cas, considérés et traités comme tiers. Mais si le titre qui les constitue débiteurs se réfère à la société; que, par exemple, une lettre de change ait été tirée par un des associés, acceptée par l'autre durant la société, et que l'échéance soit postérieure à la dissolution, le payement ne peut être exigé, qu'autant qu'il est prouvé, par la liquidation, que l'associé dont émane l'acceptation, est réellement débiteur de la société (arrêt de cassation, du 11 brumaire an IX; Dalloz, t. XII, p. 102, n° 5).

Le liquidateur doit, dès son entrée en fonctions, exiger des gérants le compte de l'administration qu'ils ont eue. Il est juge de la régularité des justifications, et quand il a donné quittance, sauf le cas de fraude, la libération des gérants est complète. Si le gérant lui-même est constitué liquidateur, le compte de gestion est un des éléments de celui qu'il doit, en qualité de liquidateur (**Add.** Troplong, n° 694).

De l'assimilation du liquidateur au mandataire naissent les conséquences suivantes :

1° Le liquidateur doit, en entrant en fonctions, faire inventaire de toutes les valeurs sociales, pour constater ce qu'il reçoit (**Add.** Troplong, n° 1011).

2° Il répond des fautes qu'il commet. Si des effets n'ont pas été protestés à temps, il en doit la valeur, à moins qu'il ne prouve, avec évidence, que l'insolvabilité des tireurs et endosseurs rendait inutiles toutes les diligences. Il en est de même, s'il n'a pas renouvelé des inscriptions hypothécaires, en temps utile; poursuivi à l'échéance un débiteur, qui depuis a péri, etc., etc.

3° Si, à l'occasion de la liquidation, il a fait des transactions utiles, les anciens associés en peuvent revendiquer le bénéfice. Le mandataire ne peut, dans l'exercice du mandat, recueillir un profit qui n'aille point à ses mandants :

« Attendu (porte un arrêt de la cour de Pau, du 4 juillet 1834) que, malgré qu'une communauté soit dissoute, il continue de subsister entre les associés jusqu'au partage, par rapport aux affaires non consommées, une communauté d'intérêts qui les fait tous participer aux remises, réductions et restitutions faites par les créanciers, bien qu'elles aient été stipulées par l'ancien gérant seul, en son nom personnel, parce que, sans cela, il pourrait impunément colluder avec les créanciers pour spolier ses coassociés; ce que la justice et la bonne foi ne peuvent tolérer. »

Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté le 25 août 1835, par ce motif principal : « Que la qualité de liquidateur étant établie, l'arrêt avait dû, comme il l'a fait, ordonner que le liquidateur rendrait compte de toutes les opérations qu'il avait faites. » (Dalloz, XXXV, 1, 402.)

4° Il doit, si les anciens associés l'exigent, remettre des états de situation.

5° Il est révocable au gré de ceux-ci, s'il ne tire ses pouvoirs du statut social. Dans ce dernier cas, il ne peut être dépouillé de ses fonctions sans motif, et, s'il

résiste, sans décision de justice (**Add.** Troplong, n° 1035).

6° Il doit, à la fin de la liquidation, un compte général.

7° Il ne peut, sans autorisation, se substituer personne; il répond de l'agent qu'il choisit; et quelque convention qu'il ait faite avec cet agent, celui-ci ne peut jamais avoir d'action contre les anciens associés qui ne l'ont pas choisi.

Un arrêt de la cour d'Aix, du 11 janvier 1828, a jugé que, dans le cas où le liquidateur était entré dans une société nouvelle, et que les associés, confondant avec leurs affaires les affaires de la liquidation, avaient payé les dettes de la société dissoute, ils n'avaient rien à demander directement aux membres de cette société :

« Attendu qu'il est de règle, dans le commerce, que la qualité de liquidateur d'une société ne peut résulter que du consentement des intéressés, ou, à défaut, d'une nomination judiciaire; qu'il ne dépend point d'un liquidateur, une fois nommé, de transmettre à un autre un titre de confiance qui est tout personnel;

« Que si Schnell a formé, après sa première société, une nouvelle association avec Monod, et s'il a permis qu'on mêlât et confondît les affaires de la liquidation avec celles de son nouvel établissement, il n'a pu changer par là la nature des rapports qui pouvaient le lier avec ses anciens associés;

« Que, par une conséquence de ce qui précède, Schnell n'a pu substituer à Monod, soit comme individu, soit comme agissant au nom de la nouvelle société, les affaires de la liquidation de Schnell jeune et compagnie;

« Que si Monod s'est immiscé dans cette liquidation, il n'a agi que comme mandataire du sieur J. J. Schnell, liquidateur, qui seul en avait les actions; et que la chose étant ainsi, Monod n'a d'autre action, d'après la loi, que contre Schnell, son mandant, et qu'il est non recevable, conséquemment, à actionner les sieurs Maseyk et Reynaud, qui jamais ne l'ont avoué et reconnu pour leur représentant ou chargé de pouvoirs. » (Dalloz, XXVIII, 2, 63.)

8° Si le liquidateur a fait des avances, les intérêts lui sont dus de plein droit, à compter du jour où elles ont eu lieu, et il peut exercer contre chacun de ses mandants l'action solidaire (arrêt de cassation, du 17 juin 1823; Dalloz, t. XII, p. 125).

9° Les frais, faux frais et honoraires auxquels le liquidateur a droit, sont prélevés sur la masse active, à moins qu'il ne se trouve en concurrence avec des créanciers sociaux. Un arrêt de la cour de Paris, du 20 janvier 1842 (Dalloz, XLII, 2, 131), a jugé qu'en ce cas, il n'avait pas de privilége :

« Attendu qu'il n'y a pas d'assimilation à faire entre la position du liquidateur et celle des syndics; que les syndics, en effet, représentent non-seulement le failli, mais aussi la masse des créanciers, à la différence des liquidateurs, qui ne représentent que les sociétaires, et nullement les créanciers de la société; que leur titre de liquidateurs ne les constitue que mandataires de la société en liquidation, et qu'en cette qualité ils n'ont d'action que contre la société; qu'en conséquence le privilége de l'article 2101 du code civil n'appartient point à leurs créances. »

Un autre arrêt de la cour de Paris, du 16 décembre 1841 (Dalloz, XLII, 2, 144), avait déjà consacré la même doctrine, en décidant que, dans le cas où les liquidateurs avaient représenté tout à la fois les anciens associés et les créanciers, mais dans ce cas seulement, ils avaient droit au privilége.

10° Le liquidateur doit être indemne de tous les engagements qu'il a contractés, pour la société, dans la limite de son mandat; peu importe qu'il les ait contractés en son nom personnel, s'il est démontré qu'ils ont eu pour objet la liquidation, et qu'ils ont profité aux membres de la société dissoute (arrêt de cassation, 19 novembre 1835; Dalloz, XXXV, 1, 446).

11° Enfin, toutes les pertes qu'il a subies, pour l'exécution de son mandat, doivent être réparées.

695. Les anciens associés ne peuvent, sauf le cas de fraude, attaquer les actes du liquidateur, quand il n'a pas excédé ses pouvoirs. Ainsi, ils ne peuvent contester les ventes mobilières qu'il a faites, demander la révision des comptes qu'il a réglés avec les tiers, former tierce opposition aux décisions rendues contre lui, quand elles ont acquis l'autorité de la chose jugée; tout ce que les tiers ont fait de bonne foi avec le liquidateur est irrévocable. Le seul droit des associés, s'ils éprouvent un dommage, imputable à l'inhabileté du liquidateur, est d'exercer contre lui une action en responsabilité.

§ II. — PARTAGE.

696. Lorsque le liquidateur a réalisé tout ce qui pouvait être réalisé, payé les dettes sociales, les loyers des lieux où s'est fait la liquidation, les gages des commis employés à cette œuvre, et généralement toutes les dépenses que l'intérêt commun a rendues nécessaires, l'actif qui reste est partagé; ou, si le passif excède, on le répartit dans les proportions du contrat (**Add.** Troplong, n° 1020).

697. Mais avant de procéder à ces opérations, il importe de régler les comptes de chacun des associés individuellement, afin de déterminer avec précision sa part de gain ou de perte.

Ces comptes sont formés : d'une part, de ce que l'associé doit à la société; de sa mise, s'il ne l'a pas versée dans la caisse commune; des intérêts à compter du jour où le versement devait avoir lieu, ces intérêts courant de plein droit; des dommages-intérêts auxquels il a pu être condamné pour inexécution de ses engagements; s'il y a lieu, de l'indemnité du préjudice causé par sa faute à la société (en cas de dissentiment sur le fait et sur le chiffre, les arbitres statuent); des gains qu'il a recueillis dans la gestion des affaires sociales et qu'il n'a pas rapportés à la masse; dans le cas, par exemple, où ayant obtenu sur une dette sociale une remise, il se l'est appropriée; des sommes qu'il a reçues de ses débiteurs, s'ils étaient également obligés envers la société (1848, code civil); de l'usage que, depuis la dissolution, il a fait des meubles ou des immeubles de la communauté;

De l'autre part, des avances qu'il a faites pour la société; de l'intérêt de ces avances, depuis le jour où elles ont eu lieu; des fruits de sa mise s'il s'en est réservé la propriété, et que la société cependant ait continué de les percevoir; enfin des dommages que lui a causés directement la gestion des affaires sociales. On compense jusqu'à due concurrence les sommes dont l'associé est débiteur et celles dont il est créancier; et le reliquat, s'il en existe, constitue, selon les cas, une créance en sa faveur, ou une dette à sa charge (**Add.** Troplong, n° 1016).

698. Les comptes dressés, les prélèvements, dont la convention a fixé l'objet, doivent s'exercer respectivement.

Celui qui a mis en commun un corps certain, mais pour la jouissance seulement, le reprend en nature et dans l'état où il se trouve, à moins toutefois que la détérioration ne provienne de fautes imputables à la société. La dépréciation résultant de l'usage est la compensation de la part de bénéfices allouée à l'as-

socié ; il ne peut rien réclamer pour ce fait. Si la chose a péri, la perte est pour son compte : *Res perit domino.*

Si la mise a consisté dans la jouissance d'objets mobiliers, dont on ne peut user sans les consommer, ou de choses destinées à être vendues, l'associé reçoit le montant de l'estimation faite au moment de l'apport.

L'industriel qui a mis en commun l'exploitation de son art, en reprend la disposition.

Toutes les choses, en un mot, qui ne sont pas entrées dans la propriété de l'être collectif, retournent, selon les stipulations des parties, dans les mains dont elles sont sorties; quelque préjudice qu'en puissent ressentir les associés qui, n'ayant apporté que leur travail personnel, n'ont aucun prélèvement à faire. Les conventions qui n'altèrent pas le principe de la société, ne peuvent être modifiées dans leur exécution, par la considération qu'en définitive, un des associés est lésé; c'était à lui de ne pas s'engager. *Quæ primùm voluntatis, posteà fiunt necessitatis.*

699. Pardessus est d'avis qu'en cas de doute, il y a lieu au prélèvement des mises. L'opinion contraire nous semble plus vraie. L'égalité, qui est une des conditions essentielles du contrat de société, ne cesse que dans les cas où les parties ont expressément dérogé aux proportions indiquées par la quotité respective des mises. Les simples présomptions ne sont pas accueillies en cette matière; or, le prélèvement des mises nuit à l'égalité, en faisant aux associés industriels une situation tellement défavorisée, que si le fonds social n'excède pas le montant des apports, après dix ou quinze ans de travaux, auxquels est due, peut-être, la conservation du capital, ils se retirent plus pauvres qu'ils n'étaient avant la société, puisqu'ils y ont infructueusement dépensé une partie de leur vie. Qu'ils subissent le prélèvement quand il a été stipulé, rien de mieux, ils n'en peuvent accuser que leur imprévoyance; il faut qu'ils se résignent au sort qu'ils se sont fait. Mais qu'à l'aide d'une interprétation laborieuse, et par la combinaison arbitraire de clauses qui se prêtent à tous les sens, on leur impose cette dure condition, cela n'est conforme ni au droit, ni à l'équité. La société a plus d'un point de contact avec la vente, et dans la société comme dans la vente, il convient d'appliquer la règle que tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre celui qui stipule.

L'effet principal du contrat de société est de confondre dans l'être moral la propriété des apports individuels, pour en former un patrimoine commun, que la société possède pendant sa durée, et qu'à sa dissolution elle transmette aux associés, augmenté ou diminué, selon les circonstances favorables ou contraires qu'elle a rencontrées dans son cours. Si cet effet peut être modifié, au moins faut-il que la stipulation soit claire et positive, et que nul, entre les associés, n'en ait pu ignorer les conséquences (**Add.** Troplong, nº 122).

Le partage suit les prélèvements.

700. L'art. 1872 du code civil porte que « les « règles concernant le partage des successions, la « forme de ce partage, et les obligations qui en ré- « sultent entre les cohéritiers, s'appliquent au partage « entre associés. »

701. Or, d'après ces règles, la première opération est la formation de la masse active. On y comprend les immeubles, les meubles corporels, les créances non recouvrées, les marchandises non vendues, les actions contre les associés que leurs comptes ont rendus débiteurs, tout ce qui peut, en un mot, avoir une valeur vénale; le nom sous lequel l'établissement social était connu dans le commerce, les enseignes qui, rappelant un négoce honorablement exercé, sont souvent une cause de confiance et de vogue (arrêt de Rouen, 15 mars 1827; Dalloz, XXVII, 2, 153).

La masse ainsi composée, on forme des lots du mobilier, en mettant dans chacun, pour les rendre égaux, autant que possible, des choses de même valeur. Il est d'usage, pour éviter les recours, de confier à un tiers le recouvrement des créances douteuses, ou de les vendre à forfait à celui des associés qui en donne le prix le plus élevé (**Add.** Troplong, nº 1062).

702. La possession qu'un des associés aurait eue d'une partie de l'actif social, n'est un obstacle au partage qu'autant que cette possession, par son caractère et par sa durée, est de nature à engendrer la prescription. Quand elle s'est prolongée pendant trente années, continue, paisible, publique, non équivoque, à titre de propriétaire, il y a présomption légale qu'elle est le résultat d'un partage dont la preuve a été détruite. La prescription équivaut à l'acte, et protége le possesseur contre toute demande à fin de partage.

703. Si la division des immeubles en nature est possible, elle doit être préférée, en évitant, dans la formation et la composition des lots, de morceler les héritages, et de séparer les exploitations. L'inégalité des lots se compense par un retour soit en rente, soit en argent.

Si les immeubles ne peuvent pas se partager commodément, on les vend par licitation. L'acquéreur paye, à titre de soulte, la partie du prix qu'il n'absorbe pas. Les intérêts courent, sans stipulation, du jour de l'adjudication.

704. Suivant Pardessus, si la société a été dissoute par le décès d'un des associés, et que les héritiers soient mineurs, on n'en doit pas moins suivre les conventions relatives au partage. Un arrêt de Rouen du 16 juin 1806 (Dalloz, tom. XII, p. 98) a décidé, au contraire, que les lois de procédure réglant l'aliénation des biens des mineurs, devaient, en pareil cas, être observées. Cet arrêt est assez mal motivé; car il considère « d'une part, que les dispositions qui règlent « la vente ou la licitation des biens appartenant par « indivis à des mineurs, ne sont inapplicables qu'au- « tant qu'il y a été dérogé formellement par l'acte de « société; de l'autre, que l'inobservation des forma- « lités judiciaires tendrait à rompre l'égalité qui est « de la nature de la société. »

La véritable raison, et c'est celle qui nous détermine à préférer la solution de l'arrêt à l'avis de Pardessus, c'est que, dès le moment où l'associé meurt, la société se dissout; qu'une simple communauté la remplace, et que les héritiers mineurs sont de plein droit saisis de la part qu'avait leur auteur dans les immeubles dépendant de cette communauté. Or, les biens immeubles dans lesquels des mineurs ont un droit indivis ne peuvent être aliénés ou licités sans l'observation des formalités que le code a prescrites pour empêcher que des opérations faites sans le contrôle des tribunaux ne leur causassent du préjudice. Il n'y a pas d'exception à la règle, et l'art. 1872, qui renvoie aux art. 815 et suivants du code civil, n'en retranche pas les dispositions relatives aux cas de minorité (art. 838-839 du code civil) (**Add.** Troplong, nos 1062 et 1007).

L'arrêt suppose que des stipulations formelles peuvent écarter l'application de ces articles; c'est une erreur capitale, et parce que ce sont des dispositions d'ordre public, les lois qui protégent les mineurs ont essentiellement ce caractère; et parce que les associés ne peuvent par des conventions, si formelles qu'elles soient, paralyser l'application de lois qui tiennent à l'état des personnes. Toutes les stipulations du monde ne peuvent pas faire qu'un mineur ne soit pas mi-

neur; et que lorsqu'il s'agit de liciter des immeubles dont il est copropriétaire, on n'observe pas les formalités que la procédure exige; car elles sont inséparables de l'état de minorité.

La cour de cassation a rendu hommage à ces principes, en décidant, que lorsque des mineurs succédaient à un majeur, ils n'étaient pas liés par la clause compromissoire, autorisant les arbitres à prononcer en dernier ressort, et que la voie d'appel leur était ouverte. Alors aussi on soutenait que les stipulations valablement faites engageaient les héritiers du contractant comme le contractant lui-même; et que ceux-ci ne pouvaient avoir plus de droits que leur auteur.

L'arrêt a répondu avec raison, que lorsqu'il s'agissait des garanties attachées à l'état des personnes, on ne pouvait les enlever à celles qui les avaient reçues de la loi; la partie, libre de s'engager sous telles conditions que bon lui semble, ne pouvant imposer à ses héritiers une obligation qui répugne à leur position personnelle.

C'est la même chose ici, où, pour parler exactement, il y a plus de raison encore d'exiger que les formes soient observées; car l'intérêt est plus grand: combien ne serait-il pas à craindre que des stipulations qui suffisent à protéger l'intérêt d'un majeur, ne fussent pour les mineurs une occasion de préjudice! Les biens immobiliers qui appartiennent à un mineur, en tout ou en partie, ne peuvent sortir de ses mains, sans que la justice elle-même règle les conditions de la vente et en surveille l'exécution.

705. De ce que le partage est la conséquence ordinaire de la liquidation, il ne faut pas conclure qu'on y doit invariablement procéder, et, quelle que soit la position respective des anciens associés, faire la division de l'actif entre eux. Si l'un des associés est créancier d'une somme équivalente à l'émolument de la liquidation, les tribunaux peuvent, en cas de refus des autres associés, lui attribuer la propriété du matériel, et des effets mobiliers dépendant de la société (arrêt de cassation, 29 mars 1836; Dalloz, XXXVIII, 1, 62). Il serait contre toute raison, qu'une partie quelconque de l'actif social passât entre les mains d'associés qui n'ont pas payé leurs dettes, et que le droit réel du créancier se transformât en action purement personnelle.

706. Les créanciers personnels et les cessionnaires des associés peuvent, s'ils le jugent convenable, intervenir aux partages pour la défense de leurs droits (arrêt de Paris, 4 avril 1833; Dalloz, XXXV, 2, 148). Ils peuvent même, quand le partage est fait, et quoiqu'il n'y ait pas eu opposition de leur part, l'attaquer pour cause de fraude:

« Attendu, porte un arrêt de la cour de cassation, du 29 novembre 1834, qu'aux termes du § 1er de l'article 1167 du code civil, les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits; que cette disposition, conçue en termes généraux, ne peut recevoir d'autres exceptions que celles spécialement déterminées par le § 2 du même article; qu'au nombre de ces exceptions, est celle qui résulte de l'art. 882, au titre *des Successions*, qui prescrit les règles que doivent suivre les créanciers, pour être admis à attaquer les actes de partage faits par leurs débiteurs, en fraude de leurs droits;

« Attendu que l'art. 1872 porte, à la vérité, que les règles concernant le partage des successions s'appliquent aux partages entre associés; mais que ce serait blesser tout à la fois la lettre et le sens de cet article, que d'en faire l'application à l'exercice des droits des créanciers, en matière de partage de société;

« Qu'en effet, il résulte des termes mêmes dans lesquels l'art. 1872 est conçu, qu'il n'est relatif qu'à la forme du partage, et aux droits des copartageants entre eux; que, d'un autre côté, si, en matière de partage de succession, le législateur a voulu que le partage consommé sans opposition ne pût être attaqué, c'est que, d'une part, l'ouverture d'une succession est un fait notoire, qui a mis le créancier de l'héritier à même de veiller à la conservation de ses droits; et que, d'autre part, c'eût été porter le trouble dans les familles, que d'admettre l'action du créancier en nullité d'un partage, après qu'il aurait été consommé sans opposition de la part du créancier;

« Qu'il n'en pouvait être de même du partage d'une société civile, comme celle dont il s'agit dans l'espèce, dont l'existence a pu être ignorée des tiers, et qui n'avait établi entre les associés d'autres liens que ceux d'une communauté d'intérêts, dont la durée était subordonnée à leur volonté commune;

« Qu'il résulte de là, que le partage d'une société a dû, comme tout autre acte, être soumis à la disposition générale du § 1 de l'article 1167 du code civil;

« Attendu qu'il résulte des faits constatés par l'arrêt attaqué, que l'acte qualifié de partage, fait entre Wuilmet et Masset, le 31 mars 1831, n'a eu rien de sincère, et qu'il n'a été fait que dans la vue de priver la demoiselle Henrion de l'exercice de ses droits comme créancière de Massel;

« Qu'ainsi, en déclarant cet acte nul et frauduleux, l'arrêt attaqué, loin de violer les art. 1872 et 882 du code civil, n'a fait qu'une juste et saine application du § 1 de l'art. 1167 du même code. »

707. Le partage produit, entre les associés, les mêmes effets qu'entre cohéritiers.

1° Chacun est censé avoir toujours été propriétaire des objets compris en son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la société: « Les « choses échues en chaque lot, dit Pothier, *Société*, « n° 179, sont censées avoir toujours seules composé « la part qu'avait en la communauté celui au lot du- « quel elles sont échues. Il est réputé avoir été seul « propriétaire de ces choses, depuis qu'elles ont été « mises en la communauté, ou acquises pour le « compte de la communauté, et n'avoir jamais eu « aucune part, depuis que la communauté a été con- « tractée, dans les choses échues aux lots de ses co- « partageants. Le partage, selon ces principes, n'est « pas un titre d'acquisition, et chacun des coparta- « geants n'acquiert par le partage rien de ses copar- « tageants; c'est pour cette raison que les héritages « échus au lot de chacun des copartageants, ne sont « sujets pour aucune partie aux hypothèques des « créanciers particuliers de ses copartageants. Par « exemple, si par le partage que nous faisons d'une « communauté qui est composée d'héritages que « nous avons mis chacun, et d'autres que nous avons « acquis pour le compte de la société, les héritages « qui tombent dans mon lot, sont ceux que j'y ai ap- « portés par notre contrat de société, ils seront cen- « sés n'avoir jamais cessé de m'appartenir en entier. « Le contrat de société que j'ai fait avec vous, par « lequel je les ai mis en communauté, ne vous y a « donné qu'un droit conditionnel, dépendant de « l'événement du partage, pour le cas seulement au- « quel, par le partage, ils tomberaient dans votre lot: « l'événement du partage ayant fait manquer la con- « dition, vous êtes censé n'y avoir eu aucun droit, et « n'avoir pu, par conséquent, les hypothéquer à vos « créanciers.

« Si ce sont les héritages que vous avez mis en

« communauté qui échoient dans mon lot, ils sont « censés avoir composé ma part dans la communauté, « dès le temps du contrat de société, par lequel vous « les y avez mis. Je suis censé les avoir acquis de « vous en entier, dès ce temps, par le contrat de so- « ciété, dès l'instant de ce contrat, et non pas seule- « ment par le partage; c'est pourquoi vous n'avez « pu, depuis le contrat de société, les hypothéquer, « et ils ne peuvent être sujets qu'aux hypothèques « que vous avez contractées avant le contrat de so- « ciété, dont vous êtes obligé de me garantir. Si les « héritages qui sont échus dans mon lot sont ceux « qui ont été acquis pour le compte de la société, du- « rant la société, ils sont pareillement censés m'avoir « appartenu en entier, dès le temps qu'ils ont été ac- « quis pour le compte de la société, qui est censée les « avoir acquis, pour composer la part de celui dans « le lot duquel ils tomberaient; ils n'ont pu, par con- « séquent, être hypothéqués pour aucune portion, « par mon copartageant. »

Pothier ajoute que les mêmes principes s'appliquent aux licitations. « Lorsqu'un héritage qui « composait seul la communauté, qui était entre vous « et moi, m'a été adjugé par licitation, cet héritage, « depuis qu'il est dans la communauté, est censé « n'avoir toujours appartenu en entier, et vous êtes « censé n'avoir jamais eu autre chose pour votre part « en la communauté, que la somme que je suis obligé « de vous payer pour votre part dans le prix de la li- « citation; vous n'avez pu, par conséquent, hypo- « théquer cet héritage pour aucune partie, durant la « communauté. » (**Add.** Troplong, n° 1065.)

Tous les auteurs ont adopté cette doctrine et ces explications.

Duvergier, après en avoir reproduit la substance, fait remarquer que, si l'on peut réputer purement déclaratif l'acte qui, en attribuant à chacun des copropriétaires une part des biens dont la possession était commune, met un terme à l'indivision, on ne peut également, quand il s'agit d'un partage entre associés, en reporter l'effet jusqu'au moment où la société s'est formée; ce serait, dit-il, nier l'existence de la société, quand cependant elle a été propriétaire, et que la validité des actes qu'elle a faits, des hypothèques qu'elle a constituées, des antichrèses qu'elle a consenties, ne peut être contestée; la rétroactivité doit s'arrêter à l'époque ou la dissolution, en éteignant la propriété de l'être moral, a établi entre les anciens associés une simple communauté.

L'observation est juste : lorsqu'une succession s'ouvre, *le mort saisit le vif*, et s'il n'existe qu'un seul héritier, il continue la personne et la possession du défunt. S'il y a plusieurs héritiers, comme une division immédiate est impossible entre eux, la loi, et cela est conforme à la vérité des choses, leur accorde sur le tout, et sur chaque partie du tout, un droit indéterminé. Mais le partage, quand il a lieu, déclare et fixe la part afférente à chacun. Ce qui forme chaque lot est censé avoir appartenu dans l'origine au copartageant qui l'obtient. Il n'y a pas entre le défunt et lui d'intermédiaire; il ne peut pas y en avoir; autrement il ne serait plus vrai que l'héritier continue le défunt.

Dans la société, c'est autre chose : quand chacun des intéressés apporte son contingent dans la masse commune, la société, l'être moral, est investi de la propriété; il la conserve tant que le contrat dure; il aliène, hypothèque, engage; ses droits sont aussi étendus, aussi complets que ceux d'un propriétaire ordinaire. Ce n'est qu'à la fin de la société, à ce moment même, et pas avant, que la communauté s'établit entre les associés. Comment la rétroactivité dès lors dépasserait-elle cette limite? Il n'en faut pas davantage, au surplus, pour la conservation des droits de chacun. La supposition qu'à l'instant même où la dissolution s'opère, chacun est investi des biens que lui attribue le partage, fait tomber tous les droits réels qu'on des copartageants aurait conférés antérieurement sur ces biens. La chose passe directement de l'être moral à l'associé. Quel intérêt d'aller au delà? (**Add.** Troplong, n° 1066.)

Du reste, pour que l'art. 883 du code civil soit applicable aux partages d'immeubles entre associés, il faut que la société ait été régulièrement constituée et rendue publique.

Autrement, la propriété ne se déplace pas, et les inscriptions requises sur le possesseur primitif sont parfaitement valables.

La cour de cassation l'a ainsi jugé le 23 mars 1825:

« Attendu que l'arrêt a déclaré en fait que la prétendue société entre le demandeur, Sue et Jacoby, n'a jamais eu d'existence légale vis-à-vis des tiers;

« Attendu, en droit, que la condition sous laquelle des associés peuvent invoquer en leur faveur l'application des art. 887 et 1872 du code de commerce, est la publicité donnée à leur société par les moyens indiqués par la loi, condition qui n'a pas été remplie dans l'espèce;

« Qu'ainsi, en démettant Scheg de sa demande en radiation et annulation de l'inscription prise par Marié sur l'usine en question, l'arrêt a fait une juste application des lois de la matière. » (Dalloz, XXV, 1, 254.)

Sous l'empire du droit romain, le partage entre associés n'avait ni le caractère, ni les effets du partage de cohéritiers. C'était une sorte d'échange, qui ne portait aucune atteinte aux hypothèques que les créanciers personnels des copartageants pouvaient avoir. *Divisio instar permutationis obtinet.* On comprend ce qu'un tel système avait d'inconvénients. Il soumettait les associés à l'action du fisc; il les exposait, en outre, à payer, souvent sans espoir de recours, des dettes qu'ils n'avaient pas connues. Dumoulin, le premier, avisa que le moyen de parer à ces dangers, était d'assimiler les partages d'associés et de cohéritiers, et c'est sans doute pour justifier le non-payement des droits seigneuriaux, dans le premier cas, qu'on a supposé que la transmission de propriété se reportait au moment même où la société avait été contractée.

C'était exagérer les conséquences d'une fiction d'ailleurs utilement appliquée; mais telle est l'influence des erreurs qui se produisent sous l'autorité d'un grand nom; on les accepte sans examen; la cour de cassation elle-même s'y était laissé prendre, en décidant par trois arrêts des 12 février 1834, 14 janvier 1835, 17 août 1836, que lorsqu'un immeuble, apporté par un des associés, était devenu, par licitation, la propriété d'un autre associé, ce n'était pas une mutation passible du droit proportionnel, conformément aux art. 4 68, § 3, n°s 2 et 4, § 7, n° 1, de la loi du 22 frimaire an VII; qu'il y avait lieu seulement à la perception d'un droit de soulte sur la partie du prix que l'associé adjudicataire n'éteignait point par confusion. C'était admettre une exception à un principe qui n'en comporte pas. Comme l'acte de société n'opère pas, en effet, transmission de biens entre les associés, et que l'apport ne donne ouverture qu'à un droit fixe de trois francs, il résultait nécessairement des décisions qui dispensaient les adjudications du droit proportionnel, dans le cas même où la propriété changeait de main, qu'une mutation d'immeubles pouvait être affranchie de la prestation ordinaire envers le fisc. Aussi la cour de cassation a-t-elle

abandonné cette doctrine, dont elle a reconnu la fausseté. Trois arrêts des 29 janvier et 13 juillet 1840 (Dalloz, XL, 1, 112, 355), et 6 juin 1842 (Dalloz, XLII, 1, 291), ce dernier des chambres réunies, ont proclamé que, dans le cas indiqué, il y avait lieu à l'application du droit proportionnel :

« Attendu, porte l'arrêt du 6 juin 1842, que toute mutation de propriété d'immeubles est soumise au droit proportionnel :

« Attendu que c'est par une faveur spéciale que la loi de l'enregistrement, en cas de société, comme en quelques autres cas exceptionnels, permet que, lorsqu'un associé apporte dans la société, comme mise sociale, la propriété d'un immeuble, il ne soit perçu qu'un droit fixe ;

« Attendu que si, à la suite de la dissolution et de la liquidation de la société, la propriété de ces immeubles est attribuée à un associé autre que l'ancien propriétaire, la mutation définitive arrivant, et nul droit proportionnel n'ayant encore été payé, on doit la payer à l'occasion de cette mutation ;

« Attendu, en fait, 1° que, lors de la formation de la société, Porée, l'un des associés, a apporté, pour une partie de sa mise sociale, sa propriété de la rue de l'Équerre; 2° qu'à la suite de la dissolution et liquidation de la société, cette propriété a été adjugée à Véron, associé autre que l'ancien propriétaire ; que, d'après ces faits, *la mutation définitive* ayant alors eu lieu, un droit proportionnel devait être payé ; et qu'en décidant le contraire, le jugement attaqué a faussement appliqué les n°s 2 et 4 du § 3 de l'art. 68, et expressément violé l'art. 47 et le n° 1 du paragraphe de l'art. 69 de la loi du 22 frimaire an VII. » (**Add.** TROPLONG, n° 1067.)

L'arrêt du 13 juillet 1840 juge, en outre, que l'achalandage d'une usine ne peut être considéré comme immeuble par destination, et que lorsqu'il est vendu avec l'usine, le prix fixé pour sa valeur n'est passible que du droit proportionnel sur les transmissions mobilières ; défalcation faite de la portion appartenant personnellement à l'acquéreur :

« Attendu que l'art. 524 du code civil ne considère comme immeubles par destination, que les objets que le propriétaire du fonds *y a placés* pour le service et l'exploitation de ce fonds;

« Attendu que cette disposition ne peut s'entendre que des objets susceptibles d'être placés pour l'exploitation d'une propriété immobilière, et qu'elle ne saurait être appliquée à des objets incorporels, dont l'existence ne repose que sur le plus ou moins de confiance que peut inspirer la gestion du propriétaire;

« Attendu, d'un autre côté, que, dans l'espèce, l'achalandage, quoique compris dans le montant total du prix de l'adjudication, a néanmoins été vendu moyennant un prix particulier et déterminé par le cahier des charges, sur lequel l'adjudication a été faite, et qu'il n'a pas été articulé par la régie qu'il y ait eu fraude dans la fixation de ce prix ; qu'ainsi, en décidant que le prix de l'achalandage n'était sujet qu'au droit dû sur la transmission des biens mobiliers, le jugement attaqué s'est conformé aux dispositions de la loi ;

« Attendu, enfin, que l'achalandage provient de la collaboration commune des associés ; qu'ils y ont une part égale, et que la transmission qui en est faite à l'un d'eux ne peut donner ouverture au droit proportionnel que sur la partie du prix représentative de la part et portion dont la transmission lui a été faite. »

708. 2° Les copartageants se doivent mutuellement garantie des troubles et évictions qui dérivent de causes antérieures au partage. La garantie cesse, si l'espèce d'éviction soufferte a été mise, par une convention expresse, à la charge du copartageant, ou si elle résulte de sa faute (art. 884 du code civil).

709. 3° Un privilége sur les immeubles de la société assure l'exercice de la garantie quand elle a lieu; ce privilége s'applique également aux soultes et retours de lots; mais à la condition, dans les deux cas, qu'une inscription sera requise dans les soixante jours, à dater de l'acte de partage, ou de l'adjudication par licitation. Un arrêt rendu sur mes conclusions, par la chambre des requêtes, le 15 juin 1842 (Dalloz, XLII, 1, 160), a décidé que, en cas de licitation, c'est du jour même de l'adjudication que le délai commence, et non du jour où la liquidation a été terminée, si les copartageants ont jugé plus conforme à leur intérêt de liciter les immeubles, avant que les comptes fussent apurés.

Attendre le terme d'une liquidation qui peut se prolonger indéfiniment, dix ou vingt ans peut-être, pour donner cours au délai dans lequel le privilége doit être inscrit, aurait le double inconvénient de laisser la propriété incertaine dans les mains du possesseur, et d'exposer les tiers à des dangers dont une prudence extrême ne les défendrait pas. La loi n'exige pas, d'ailleurs, que l'inscription soit prise pour la somme que la liquidation attribuera définitivement à l'associé; elle permet de la prendre pour le prix total de l'adjudication. Quelle raison, dès lors, y aurait-il de tarder dans l'accomplissement de sa volonté?

710. Les anciens associés peuvent, comme les cohéritiers, demander la rescision des partages entachés de violence ou de dol. Ils le peuvent encore, en établissant à leur préjudice une lésion de plus du quart. La simple omission d'un objet de la société ne donne ouverture qu'à un partage supplémentaire. Mais si deux ou trois partages ont eu lieu ; si, au lieu d'attendre la réalisation complète de l'actif, pour terminer, par une opération unique, les rapports qui les lient, les associés ont successivement divisé les recouvrements, l'action en rescision n'est admissible qu'autant que l'associé qui se plaint ne trouve pas dans la réunion de tout ce qui lui a été remis, à quelque époque et de quelque façon que ce soit, les trois quarts de la part qu'il devait avoir. Il n'est pas permis de s'attacher à une seule des opérations qui ont eu lieu, pour accuser l'équité du partage. La lésion ne s'établit que par la comparaison des sommes reçues avec la valeur totale du patrimoine à partager (1).

711. L'associé qui a aliéné son lot, en tout ou en partie, n'est plus recevable à demander la rescision pour cause de dol ou de violence, si l'aliénation est postérieure à la découverte du dol, ou à la cessation de la violence (article 892 du code civil). L'aliénation, en ce cas, est considérée comme une ratification tacite du partage; c'est une renonciation à se prévaloir des vices qu'il pouvait présenter.

(1) « Attendu qu'en accordant, en matière de partage, l'action en rescision au cohéritier qui établit à son préjudice une lésion de plus du quart, le législateur a nécessairement entendu que, dans le cas de partages successifs et partiels d'une même hérédité, la lésion, quoique reprochée à un seul de ces actes, serait appréciée par sa combinaison avec les autres;

« Qu'autrement le désavantage de l'acte attaqué pouvant être compensé par l'avantage résultant de tous ou de certains actes semblables qui l'ont précédé ou suivi, les tribunaux seraient conduits à déclarer une lésion qui n'aurait rien de réel. » Arrêt de la cour de cassation, du 17 avril 1841 (DALLOZ, XLI, 1, 219).

Un arrêt de la cour de Bordeaux, du 29 mai 1829 (Pal., 2e éd., t. III de 1829, p. 469), a jugé qu'il n'en était pas de même, quand l'action en rescision était fondée sur la lésion de plus du quart.

« La cour, en ce qui concerne la fin de non-recevoir résultante de l'aliénation que Nicouleau a faite de son lot;

« Attendu que tout partage peut être rescindé lorsqu'un des copartageants établit à son préjudice une lésion de plus du quart; que l'action qui est ouverte à cet égard n'est soumise qu'à la déchéance ou prescription que la loi elle-même a prononcée; qu'elle ne peut être paralysée par l'aliénation que le copartageant qui se plaint de la lésion a faite de son lot; qu'il n'a rien été changé sur ce point à l'ancienne jurisprudence, qui, malgré cette circonstance, admettait une demande de cette nature; que les lots respectifs étaient estimés; et qu'une fois la lésion constatée, le copartageant lésé, qui ne pouvait être indemnisé en nature, l'était en argent; qu'il doit en être de même sous la législation actuelle, qui n'est pas moins favorable aux demandes en rescision d'un partage; que vainement on objecte à Nicouleau qu'en vendant son lot il a ratifié et même exécuté le partage du 29 décembre 1817, et qu'aux termes de l'article 1338 du code civil, cette ratification ou exécution emporte renonciation aux moyens et exceptions que l'on pourrait opposer contre le susdit partage; qu'en règle générale, l'exécution d'un acte susceptible de rescision n'en couvre pas le vice, s'il n'est pas établi que la partie qui l'a exécuté connaissait le moyen de rescision, et a voulu y renoncer; que l'on ne peut faire résulter cette intention d'une exécution pure et simple; qu'on le pourrait d'autant moins, dans un procès tel que la contestation actuelle, que la lésion ne paraîtrait n'avoir été découverte que depuis cette même exécution. »

La cour de cassation a, par un arrêt du 8 février 1841, rendu sur mes conclusions, consacré la même doctrine (Dalloz, XLI, 1, 115, et 2, 228).

Cette solution est d'une incontestable justice : si l'aliénation de son lot rend l'associé non recevable à attaquer le partage pour cause de dol ou de violence, quand avant d'aliéner il avait découvert le dol, ou que la violence avait cessé, c'est qu'il y a présomption que comparaison faite de son lot avec celui de ses coassociés, il ne s'est pas trouvé lésé. Après une exécution volontaire (*cognitâ causâ*) de l'acte qu'on peut attaquer, la plainte n'est plus permise. La ratification librement donnée rétroagit au jour du contrat.

Mais de ce qu'un associé lésé de plus du quart aliène tout ou partie de son lot, il ne suit pas que la lésion cesse. L'aliénation n'empêche pas, en effet, que l'égalité dont la loi fait une des conditions du contrat, n'ait été violée à son égard, et dès lors comment induire d'un fait qui peut avoir précédé la découverte de la lésion, car, pour la connaître, il faut des recherches et du temps, qu'il se résigne à la perte que lui cause la cupidité de ses associés? Les renonciations ne se présument pas, et il suffit que l'art. 892 du code civil n'ait pas fait nommément de l'aliénation du lot, en cas de lésion, une fin de non-recevoir, pour qu'on ne la doive pas suppléer. Les actions qui tendent à faire à chacun des associés un sort égal, ne peuvent qu'être accueillies avec faveur.

712. En tout cas, quand la rescision d'un partage est demandée, quelle qu'en soit la cause, c'est aux arbitres de prononcer ; tout ce qui se rattache à la dissolution des sociétés, et aux effets de la dissolution, appartient exclusivement à leur juridiction.

Deux auteurs recommandables, Pigeau et Carré, pensent que lorsqu'il s'agit de rescision de partage, ou de garantie de lots, la demande doit être intentée au lieu où la société dissoute avait son siége. La cour de Paris et la cour de Douai ont consacré cette doctrine, la première, le 18 février 1808 (Sirey, VII, 2, 1208); la seconde, le 18 juillet 1833 (Sirey, XXXIII, 2, 468).

C'est une grave erreur. Du moment, en effet, que la société est liquidée, l'attribution faite par la loi de procédure, art. 59, au juge du lieu où elle avait son siége, s'efface et disparaît. Il n'y a plus, après la liquidation et le tirage des lots, de communauté d'intérêts; le principe du droit commun reprend sa force; et les associés contre lesquels une demande est dirigée ne peuvent être assignés que devant le juge de leur domicile, sauf, s'il y a plusieurs défendeurs, l'application du deuxième § de l'art. 59 du code de procédure.

La cour de cassation a formellement résolu ce point de doctrine par un arrêt du 18 août 1840:

« Attendu que tant qu'une société existe, même tant qu'elle n'a pas été liquidée, le juge compétent pour connaître des actions intentées contre la société, est celui du lieu où cette société est ou était établie ; mais que dès l'instant où la société a été liquidée par le règlement des comptes entre les ayants droit, toute demande dont le but est de faire anéantir l'acte qui a réglé les droits des cointéressés, constitue une action personnelle qui doit être portée devant le domicile du défendeur, suivant la règle: *actor sequitur forum rei ;*

« Et attendu qu'il résulte d'un acte notarié du 30 novembre 1818, que la société formée entre les parties avait cessé d'exister;

« Qu'elle avait été liquidée entre les ayants droit, et que l'un d'eux s'était reconnu débiteur envers l'autre d'une somme déterminée;

« Que la demande en nullité de cet acte, soit qu'elle soit intentée par l'une des parties qui l'ont souscrit, soit qu'elle émane de tiers, constitue une action personnelle, et rentre dans l'application des règles du droit commun, qui veut que le défendeur soit assigné devant le juge de son domicile. » (Sirey, XL, 1, 836).

713. On s'est demandé s'il fallait conclure de l'article 1872 du code civil, que toutes les dispositions relatives au partage entre héritiers s'appliquaient au partage entre associés, et si notamment il était permis, conformément à l'art. 841, d'écarter le tiers auquel un des associés a cédé son droit, en lui remboursant le prix de la cession.

Delvincourt et Pardessus tiennent pour l'affirmative; Duranton et Duvergier, pour l'opinion contraire. Duvergier donne à l'appui de son opinion les motifs suivants : que les raisons qui ont fait accorder aux héritiers la faculté d'écarter les cessionnaires, ne militent point en faveur des associés; que le lien qui les unit n'étant ni aussi intime, ni aussi saint que celui qui existe entre proches parents, on doit moins craindre de le voir se rompre ou se relâcher ; qu'après le partage les associés deviennent étrangers les uns aux autres, quand les parents restent unis par les mêmes rapports, et qu'autant il importe que les haines ne se perpétuent pas dans les familles, autant il est indifférent que quelque ressentiment survive à la distribution de l'actif social; qu'enfin l'art. 1861 du code civil, ayant permis à chaque associé de céder ses droits à un tiers, il ne serait pas raisonnable d'accorder aux autres associés le droit de paralyser, d'annuler une convention légalement formée. »

Cette dernière raison est de peu de valeur à nos yeux. La loi n'interdit pas plus à l'héritier qu'à l'associé de céder ses droits dans la succession; loin de là, plusieurs dispositions manifestent qu'elle leur

reconnaît cette faculté; et cependant l'art. 841 autorise les cohéritiers à neutraliser la cession : quelque légale qu'elle soit en elle-même, elle ne produit tous ses effets qu'entre le cédant et le cessionnaire : à l'égard des cohéritiers, l'exécution est subordonnée à leur volonté. Mais si ce motif n'est pas fondé, les autres ont plus de force et justifient l'opinion de l'auteur qui les exprime.

L'art. 841 du code civil est une dérogation à la liberté des conventions, dérogation utile, nécessaire même, mais qu'il faut renfermer dans ses termes. Or, ne serait-ce pas en faire une application abusive, que de l'étendre à des partages où tout se borne à la division de meubles ou d'immeubles? Les sociétés commerciales ou civiles ne peuvent pas avoir, comme les familles, des secrets dont la divulgation devient un malheur. Il n'y a pas d'inconvénient appréciable à ce qu'un cessionnaire connaisse le secret des opérations auxquelles elles se sont livrées. Il faut ajouter que la loi du 30 septembre 1793 a formellement abrogé les *retraits de sociétés*. On ne peut pas supposer que le code ait entendu les rétablir furtivement, en quelque sorte, et par voie d'interprétation. La chose était assez grave pour mériter une disposition explicite. Ainsi l'a pensé la cour de Paris, en repoussant, par un arrêt du 7 juillet 1836, l'action en retrait, exercée contre un cessionnaire d'associé :

« Attendu que l'art. 841 du code civil, qui permet d'écarter du partage le cessionnaire non successible, contient une disposition spéciale et tout exceptionnelle, créée dans le but d'empêcher des étrangers de pénétrer dans les secrets de famille;

« Attendu qu'il est de la nature de toute exception d'être rigoureusement renfermée dans ses limites, et de ne jamais être étendue d'un cas à un autre, sous le prétexte d'analogie plus ou moins bien fondée; que, dès lors, le retrait de l'art. 841 doit être limité aux successions qu'il a exclusivement pour objet, et rester étranger aux sociétés, à moins d'une disposition expresse de la loi;

« Attendu que si, d'après l'art. 1872, les règles concernant le partage, la forme du partage et les obligations qui en résultent, s'appliquent aux partages entre associés, il est manifeste que l'intention du législateur n'a pas été d'étendre indistinctement aux partages sociaux tous les articles des six sections du chapitre VI, intitulé : *Du partage et des rapports*, mais uniquement de placer ces partages sous l'empire des principes de ceux des articles de ce chapitre qui régissent le partage en lui-même, ce qui le constitue, son mode, sa forme, ses effets et les obligations qui en découlent; que cette volonté de la loi se révèle par les termes mêmes de l'art. 1872;

« Attendu que le retrait successoral, considéré dans son existence et dans ses conséquences, est un acte totalement étranger au partage; qu'il n'a aucun rapport avec lui; que, loin d'en être l'une des bases, l'un des éléments, il en est, au contraire, l'ennemi le plus constant, puisqu'il tend à l'éviter, à le rendre le plus souvent inutile pour celui qui l'exerce, et toujours sans objet pour le cessionnaire qu'il frappe; et que, dans tous les cas possibles, le retrait ne change rien aux bases fondamentales du partage, alors qu'il est nécessaire...

« Qu'il en est de même dans l'esprit de cet article, parce que les raisons de haute moralité publique qui ont commandé le retrait successoral, ne se rencontrent pas, en fait de société, où tout est en quelque sorte patent, écrit et consigné dans des livres et dans une correspondance commune à tous les associés; où il ne s'agit que de s'immiscer dans quelques faits, dans quelques opérations isolées et particulières, qui sont les éléments de la société, dont la durée et les limites sont fixes et infiniment étroites, et non de pénétrer, comme en matière de succession, dans les mystères d'une vie entière, d'en explorer les secrets les plus intimes. » (Sirey, XXXVI, 1, 438.) (**Add.** Troplong, no 1059.)

714. Nous n'admettons pas d'ailleurs, avec Duranton, que, lorsqu'il a été stipulé qu'en cas de vente, par un associé, de son intérêt, les autres associés auraient la faculté d'évincer le cessionnaire, en lui remboursant ce qu'il a payé, cette stipulation soit inefficace et nulle. Nous avons déjà eu l'occasion de dire qu'elle nous semblait parfaitement légale, et nous y persistons. Une telle clause n'a rien de contraire à l'ordre public, aux mœurs, aux dispositions positives; pourquoi ne recevrait-elle pas son exécution? Quel danger y a-t-il à ce qu'en respectant la liberté de l'associé qui vend, des associés prennent leurs précautions pour écarter de la société tout ce qui pourrait en troubler l'harmonie, ou y apporter des habitudes propres à la discréditer? (**Add.** Troplong, no 1060.)

715. Les livres, lettres et papiers de la société restent, après la liquidation, dans les mains du liquidateur. Comme c'est à lui que s'adresseraient les créanciers, s'il s'en présentait d'inconnus, au moment où la liquidation s'est terminée, il doit conserver le moyen de répondre à leur action. S'il y a plusieurs liquidateurs, le plus ancien est préféré; s'il n'y en a pas eu du tout, les associés choisissent; à charge, par le dépositaire, de donner communication aux autres associés, quand ils en ont besoin.

Si les enseignes et les marques que les associés avaient l'habitude de mettre sur leurs marchandises n'ont pas été comprises dans le partage, ceux qui continuent le commerce peuvent s'en servir, mais en prenant les mesures nécessaires pour qu'il n'en puisse résulter aucune surprise.

716. § 3. La dissolution ne produit, à l'égard des créanciers sociaux, aucun effet; leurs droits demeurent entiers; il peuvent les exercer comme par le passé, ou contre la société, représentée par le liquidateur, ou contre un des associés en nom collectif, quel qu'il soit : les conséquences de la solidarité ne sont pas diminuées;

« Attendu, porte un arrêt de Toulouse, du 7 août 1834, qu'il résulte des dispositions formelles de l'article 22 du code de commerce, que tous les associés en nom collectif sont solidaires pour tous les engagements de la société, et de l'art. 1203 du code civil, que le créancier d'une obligation solidaire peut s'adresser, pour en obtenir le payement, à celui des débiteurs qu'il lui plaît de choisir;

« Que vainement, pour dénier à l'appelant le droit de réclamer de l'intimé directement le payement de la somme à lui due, les premiers juges se sont fondés sur ce que la société dont celui-ci faisait partie ayant été dissoute, et son coassocié en ayant été nommé le liquidateur, c'était contre celui-ci que toutes les actions devaient être dirigées; soit parce qu'il n'existe dans le code de commerce, ni dans aucune autre loi, nul texte qui soumette le créancier à reconnaître le liquidateur pour son obligé, soit parce que le liquidateur n'étant, en résultat, que le mandataire des divers membres qui composaient la société, il impliquerait qu'il fût inhibé aux créanciers de poursuivre le mandant, leur débiteur légal et direct, pour concentrer leur action sur le mandataire qui pouvait même ne pas être un des débiteurs solidaires, soit parce qu'on ne saurait concevoir qu'après la dissolution de la société, les droits du créancier reçussent une modification aussi importante d'un fait, la dissolution, auquel

il est étranger; ce qui aurait lieu cependant en admettant le système des premiers juges, puisque après cette dissolution, un seul individu associé ou non, pourrait être directement poursuivi pour obtenir le payement des engagements sociaux, tandis qu'on ne saurait méconnaître que, pendant l'existence de la société, et en exécution de l'art. 22 du code de commerce, le créancier n'ait le droit de poursuivre celui des associés qu'il lui plaît, quoique non souscripteur de l'effet qui forme son titre. » (Dalloz, XXXVI, 2, 14.)

717. Il arrive quelquefois que les associés abandonnent à l'un d'eux tout ou partie de l'actif, à la condition de payer les dettes. Ces conventions ne sont point opposables aux créanciers; tant qu'ils n'ont pas fait novation à leurs créances, les autres associés restent obligés envers eux. Leur volonté seule peut leur enlever les débiteurs sur la solvabilité desquels ils ont compté en contractant (arrêt de cassation du 24 mars 1830; Dalloz, XXX, 1, 179).

718. Le fonds social continue également d'être le gage des créanciers sociaux. Tant qu'il n'y a pas eu de partage, l'actif de la société conserve sa destination. Toute saisie pratiquée sur un des débiteurs de la société par les créanciers personnels d'un associé serait nulle, les créanciers personnels des associés ne pouvant former d'opposition qu'entre les mains du liquidateur, opposition subordonnée, dans ses effets, au résultat final de la liquidation. Il n'y a d'exception à cette règle que pour les associations en participation qui ne formant pas un être moral, et ne traitant pas sous une raison sociale avec les créanciers, n'ont pas de patrimoine qui leur soit affecté spécialement (arrêt de Bordeaux du 8 février 1840; Dalloz, XL, 2, 184).

719. La cour de Grenoble a jugé, le 1er juin 1831 (Dalloz, XXXII, 2, 40), que si, après la dissolution de la société, l'actif social s'était confondu dans la fortune personnelle de l'associé nommé liquidateur, les créanciers sociaux ne pouvaient réclamer les avantages attachés à leur créance; attendu que c'était la juste conséquence de la faute qu'ils avaient commise, de ne pas demander, conformément à ce qui se pratique dans les séparations de patrimoines, la séparation de l'actif de la société d'avec le patrimoine particulier de l'associé.

Cet arrêt est, nous le pensons, justifié par les faits; mais il ne faut embrasser qu'avec réserve la doctrine sur laquelle il repose.

Sans aucun doute, quand l'actif social s'est confondu dans le patrimoine du liquidateur, le droit des créanciers sociaux est éteint. La préférence qui leur est assurée sur l'actif social tient à la séparation du patrimoine social et du patrimoine personnel des associés; à la distinction toujours existante entre l'être moral et les individus; à l'impossibilité de confondre ce qui leur appartient. Or, quand l'être moral est dissous, que son patrimoine transformé a cessé d'être reconnaissable, que ce n'est plus enfin qu'une partie du patrimoine de l'associé liquidateur, il n'y a plus lieu de faire aux créanciers sociaux une condition à part. Dès qu'ils n'établissent pas l'identité de la chose à distribuer avec la chose sociale, leur droit est perdu.

Tout cela est vrai, juste, conforme aux principes en matière de privilèges, dont l'application ne peut pas dépasser l'objet même qu'ils grèvent.

Mais est-il également vrai que les créanciers doivent demander la séparation des actifs, et que, faute d'accomplir ce devoir, ils peuvent déchoir de leur droit? Non assurément, la loi ne leur impose pas une telle obligation, et on ne peut, sans excès de pouvoir, subordonner l'utilité de leur action à l'accomplissement de formalités que la loi n'exige pas.

Le but de la liquidation est de convertir en un capital disponible les valeurs de toute nature dont se compose le fonds social, afin de payer les dettes contractées par la société. Pour atteindre ce but, il faut que toutes ces valeurs soient à la disposition de l'associé liquidateur, c'est une nécessité de position. Comment les réaliserait-il, s'il ne les avait pas dans la main?

Mais quand elles sont réalisées, le droit des créanciers s'affaiblit-il? Se trouve-t-il modifié par la circonstance que les fonds obtenus par la vente du mobilier, des immeubles, des marchandises sont confondus dans la caisse du liquidateur avec les fonds personnels de celui-ci?

Personne n'oserait le soutenir: les fonds qui représentent le patrimoine social sont grevés du même privilège que ce patrimoine, quand il existait en nature. Il n'y a eu qu'une transformation nécessaire; c'est toujours le fonds social, dont la destination ne change pas.

On conçoit la nécessité des séparations de patrimoine: l'héritier pur et simple est propriétaire et maître absolu de l'hérédité, comme il est propriétaire et maître de sa fortune personnelle. Si l'origine des parties dont se compose son patrimoine est différente, le droit est le même; et par cela seul, si les formalités indiquées par la loi n'ont pas été remplies pour séparer l'actif héréditaire de l'actif personnel, il y a par la force des choses une confusion complète: créanciers héréditaires, créanciers personnels sont soumis à la même loi; tous désormais sont créanciers de l'héritier, ayant sur ses biens un droit égal.

Mais l'associé liquidateur n'est pas dans la même position. Ce n'est pas un propriétaire; c'est un mandataire dont les pouvoirs peuvent, il est vrai, selon la nature des sociétés, et selon les cas, s'étendre au delà des bornes ordinaires du mandat; mais, enfin, c'est un mandataire tenu de rendre compte, obligé de représenter tout ce qui est entré dans ses mains.

A quoi donc servirait une séparation des actifs? Est-ce qu'elle ne tient pas à la nature des choses? Est-ce que les valeurs *sociales* peuvent se confondre avec les valeurs personnelles? Est-ce que l'associé les tient au même titre? Est-ce qu'enfin les inventaires exigés dans les sociétés commerciales, la comptabilité, les livres, ne donnent pas, d'une manière certaine, la consistance du fonds social? En un mot, ce qu'il faut admettre, parce que cela est vrai, c'est que si le liquidateur, après avoir réalisé l'actif, en fait emploi en son nom personnel, qu'il achète pour son compte des immeubles ou des marchandises destinées à servir d'aliment à un nouveau commerce, les créanciers sociaux auxquels on peut, à bon droit, reprocher leur négligence, ne peuvent réclamer le privilège dont, par leur faute, l'objet a disparu. Il y aurait pour les tiers un danger auquel il serait injuste de les exposer; car ils ne sont coupables d'aucune imprudence.

Mais on ne peut aller au delà sans se jeter dans l'arbitraire. Tant que le patrimoine social est reconnaissable, et qu'on en peut rassembler les lambeaux, le droit des créanciers sociaux est entier. Il est contraire à la loi de leur imposer des conditions que la loi n'a pas prescrites, et dont elle n'a ni réglé l'exercice, ni déterminé les effets.

720. De ce que la société, relativement aux tiers, est censée subsistante, lorsque la liquidation n'est pas faite, et le partage opéré, il suit que toute action qui se rattache à la société doit être intentée devant le tribunal du lieu où elle avait son siége:

« Attendu (porte un arrêt de la cour de cassation,

du 16 novembre 1815) que d'après l'art. 59 du code de procédure civile, c'est le tribunal du lieu où est établie une société qui doit connaître de la matière; que cette société est censée exister entre les associés ou leurs représentants, tant que la liquidation n'est pas encore faite. » (*Journal du Palais*, 2e édition, t. XVII, p. 667.)

La même doctrine a été appliquée aux associés entre eux, par l'arrêt du 18 août 1840 ci-dessus rappelé (Dalloz, XL, 1, 182) (**Add.** Troplong, no 1055).

Ainsi, pour les tiers comme pour les associés, la société, quoique dissoute, est réputée exister encore activement, et passivement. La seule modification que la dissolution amène dans leur position, c'est que, dans le cas où une liquidation a été instituée, la durée de l'action contre les associés non liquidateurs est réduite à cinq ans. C'est la disposition formelle de l'art. 64 du code de commerce, qui reste à commenter.

CHAPITRE III.

PRESCRIPTION (1).

Art. 64. Toutes actions contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans après la fin ou la dissolution de la société, si l'acte de société qui en énonce la durée, ou l'acte de dissolution, a été affiché ou enregistré conformément aux articles 42, 43, 44 et 46, et si, depuis cette formalité remplie, la prescription n'a été interrompue par aucune poursuite judiciaire.

SOMMAIRE.

721. La disposition de l'article 64 du code de commerce est introductive d'un droit nouveau.

722. Elle a été l'objet d'une vive controverse au conseil d'État.

723. L'art. 64 ne s'applique que dans le cas où les conditions qu'il énumère ont été scrupuleusement et littéralement accomplies. La loi n'admet pas d'équivalent.

724. Il ne s'applique pas si la société tombe en faillite; il n'y a plus de liquidateur en ce cas, partant plus de prescription.

725. Il ne s'applique pas non plus aux associés entre eux. Il ne concerne que les tiers.

726. Le défaut de liquidation de la créance n'arrête pas le cours de la prescription. Une créance non liquide permet aux créanciers d'agir et de faire des actes interruptifs.

727. La prescription établie par l'art. 64 est opposable aux incapables. L'intérêt du commerce le veut ainsi.

COMMENTAIRE.

721. Sous l'ordonnance de 1673, l'action des créanciers de la société n'était pas modifiée dans sa durée par la dissolution. Il n'y avait d'autre prescription opposable que celle qui dérivait des titres mêmes, savoir : la prescription de cinq ans, si les créanciers avaient des lettres de change; la prescription de trente ans, si les engagements avaient été contractés envers eux sous la forme ordinaire.

Lorsque le code de commerce fut discuté, on proposa de déclarer que, dans le cas où les associés, en cessant leurs rapports, auraient institué un liquidateur, toute action contre les non-liquidateurs serait éteinte cinq années après la dissolution, à moins que, dans l'intervalle, des poursuites judiciaires n'eussent été dirigées contre eux (**Add.** Troplong, no 1049).

722. Cette proposition amena les débats les plus vifs.

D'un côté, on soutint :

Qu'il n'y avait pas de raison pour abréger la durée de l'action que le droit commun accorde aux tiers;

Que leurs droits, en effet, pouvaient n'être point assurés par le recours qu'on leur réservait contre le liquidateur;

Qu'il serait étrange qu'on dégageât les associés solvables, et que les créanciers, par cela seul qu'ils auraient gardé le silence durant cinq années, perdissent toute action, quand les débiteurs seraient encore en possession des biens affectés au payement des dettes, et que sans la dissolution, ils auraient été pendant trente ans exposés à des réclamations;

Qu'il pourrait même se présenter un cas où les créanciers ne jouiraient pas du délai de cinq ans, lorsque la créance, par exemple, ne se trouverait pas liquidée au moment de la dissolution de la société; qu'au moins conviendrait-il de ne faire courir la prescription que du jour où la liquidation serait terminée; chose essentiellement juste puisque les associés étaient appelés à se partager les recouvrements faits après les cinq ans;

Qu'il n'était pas exact de dire que le créancier pouvait, à son gré, conserver ses actions en attaquant les associés en masse, sans ne voulant risquer des poursuites et des frais, avant que la liquidation ait appris s'il existe un actif;

Qu'enfin, c'était ouvrir aux associés un facile moyen de se soustraire à leurs engagements, puisqu'il leur suffirait de remettre la liquidation au plus insolvable d'entre eux.

On répondit, de l'autre part :

Qu'il était de l'intérêt public que ceux qui se livrent au commerce pussent le continuer; ce qui serait impossible, si l'action solidaire, qui naît de la société, devait se prolonger trente ans; l'incertitude de la propriété dans la main des associés étant exclusive de tout crédit;

Que le terme de cinq ans suffisait aux réclamations des tiers, quand les affiches les avaient avertis de la dissolution de la société;

(1) La matière de l'arbitrage sera pour moi l'objet d'un traité spécial.

Qu'il n'était pas présumable que les créanciers demeureraient inactifs, pendant cinq années entières, sans demander leur payement, ni poursuivre, en cas de refus ;

Que, conséquemment, s'ils subissaient des déchéances, ce serait le résultat d'une négligence impardonnable ;

Qu'il n'était pas possible d'assigner pour point de départ à la prescription, la fin de la liquidation, parce que la liquidation se composant d'actes successifs, il était très-difficile de reconnaître si elle était entièrement terminée ;

Que les créanciers pouvaient agir dès que la dissolution existait ; qu'ils n'avaient pas besoin d'attendre que les recouvrements fussent faits et l'actif réalisé, les poursuites pouvant être dirigées contre les associés non liquidateurs aussi valablement que contre le liquidateur ;

Qu'enfin la différence qu'on proposait d'établir entre l'associé liquidateur et les autres associés, était dans la nature des choses ; que le liquidateur, en effet, ayant dans ses mains tous les fonds de la société, tandis que les autres associés étaient complétement dessaisis, il était juste que la libération de ceux-ci eût un terme, la faculté accordée aux créanciers qui n'auraient pas confiance dans le liquidateur, de se ménager leur recours contre les autres associés, en les mettant en cause, conciliant tous les intérêts...

Ce dernier système a prévalu. Les principes du droit commun ont été sacrifiés à l'utilité du commerce.

723. Mais de ce que l'article 64 est une exception, il résulte :

1° Qu'il ne peut recevoir son application qu'autant que les conditions qu'il énonce ont été formellement accomplies. Si la publicité est irrégulière, incomplète, et que les tiers aient pu être induits en erreur, ils recouvrent, contre les associés, la plénitude de leur action. Pour donner cours à la prescription, il faut que l'avertissement légal soit de tout point conforme au texte de la loi. Nous répétons, d'ailleurs, ce que nous avons dit, que, dans le cas où un associé se retire de la société avant le terme fixé pour sa durée, l'observation des formalités prescrites par les articles 42 et suivants du code de commerce lui assure le bénéfice de la prescription, à défaut de poursuite dans les cinq ans (arrêt de cassation, du 7 juin 1830 ; *Journal du Palais*, 2e édit., t. III de 1830, p. 361). La société qui continue, fait, à son égard, office de liquidateur ; et, comme il n'est pas présumable qu'un créancier demeure cinq ans sans réclamer des fonds qui ne produisent point d'intérêts, il est de toute justice qu'après cet espace de temps, l'associé, que sa retraite a réduit à l'impossibilité de surveiller les mouvements de la société, soit à l'abri de toute action.

724. 2° Si la société tombe en faillite, l'art. 64 ne peut être invoqué par qui que ce soit. Il n'y a plus alors de liquidation, et, par conséquent, de positions différentes entre les associés. La faillite les met sur la même ligne, en confondant dans la main des syndics ce qui leur appartient comme associés, et à titre particulier (Locré, t. XVII).

725. 3° L'article 64 ne disposant qu'à l'égard des tiers, les actions que les associés peuvent exercer les uns contre les autres, ne sont pas sujettes à la prescription de cinq ans. Si le liquidateur est obligé de payer au delà de ce que la liquidation a produit, il a un recours ouvert contre les associés dont il a reçu son mandat, et ce recours, il en peut user tant que la prescription trentenaire, qui éteint toute espèce de droits, n'est pas encore acquise.

Quelques auteurs repoussent cette solution par le motif qu'en réalité elle tend à priver les anciens associés du bénéfice de la loi ; nous répondons :

1° Que le texte de l'article 64, en subordonnant le cours de la prescription à la publicité de l'acte de société ou de l'acte de dissolution, si les parties ont devancé le terme qu'elles assignaient à leurs rapports, prouve assez que son application se restreint aux tiers. Il est incontestable, en doctrine et en jurisprudence, que le défaut de publicité n'empêche pas les conventions de produire leur effet entre les associés ;

2° Que la discussion du conseil d'État dont nous avons présenté l'analyse fidèle, ne permet pas non plus de douter que la prescription ait été instituée contre les créanciers seulement ;

3° Que l'action du liquidateur naissant du mandat, a trente ans de durée par sa nature ; que la loi commerciale étant muette sur le droit et les devoirs du liquidateur, les intéressés demeurent sous l'empire du droit commun, et qu'on ne pourrait, sans arbitraire, étendant d'un cas à un autre la disposition de l'article 64, créer par voie d'analogie une dérogation nouvelle à la loi ; qu'on le pourrait d'autant moins, que le liquidateur ne fait pas sa propre affaire, mais celle d'autrui, pour partie du moins ; que son inaction ne suppose pas de la négligence ; qu'elle peut avoir une cause légitime, l'espérance d'éteindre, au moyen des recouvrements, la dette de la société envers lui.

Si après cinq, après dix, après quinze ans, le liquidateur faisait des recouvrements, il n'aurait assurément pas le droit de se les approprier, il serait obligé d'en faire le partage entre les anciens associés ; comment donc ceux-ci ne supporteraient-ils pas dans la même proportion l'obligation de rendre au liquidateur ce qu'il a dépensé dans l'intérêt commun ?

Il ne faut pas croire d'ailleurs que pour les anciens associés, il n'y ait qu'un changement de créancier. C'est tout autre chose d'avoir à lutter contre les créanciers sociaux, ou contre le liquidateur. Quand les créanciers réclament en vertu d'un titre liquide, on ne peut leur opposer que des exceptions inhérentes à la dette, ou personnelles à l'associé qui les invoque, et s'il n'en existe pas, il faut payer, ou bien subir l'expropriation, la contrainte par corps, l'humiliation de la faillite. L'action du liquidateur au contraire peut être écartée par toute espèce d'exception ; on peut lui opposer qu'il a reçu des fonds, que les recouvrements suffiront à libérer la société envers lui ; on peut même se prévaloir de compensations particulières.

Il semble cependant résulter d'un arrêt recueilli par Dalloz (XXXV, 1, 450), que la cour de cassation a donné son assentiment au système que nous combattons, le 21 juillet 1835.

La cour, d'après le résumé qui précède sa décision, aurait jugé que « la prescription de cinq ans, accordée par l'article 64 du code de commerce, à l'égard des actions formées contre des associés commanditaires, est applicable non-seulement aux actions intentées par les associés entre eux, mais encore à celles des créanciers de la société. »

Mais il suffit de jeter les yeux sur l'arrêt même, pour se convaincre que l'analyse qui en a été faite est inexacte de tout point.

Il s'agissait, dans l'espèce jugée, d'une demande formée contre un associé commanditaire par un créancier de la société. Le commanditaire opposait d'une part, que par une convention à forfait avec le liquidateur, il était dégagé de toute obligation de payer les dettes ; de l'autre part, que plus de cinq années s'é-

tant écoulées, avant la demande, depuis la dissolution légalement constatée de la société, il était à l'abri de toute poursuite.

Le créancier répondait que l'article 64 du code de commerce n'était point applicable au commanditaire, parce que les tiers ne pouvant agir contre lui, qu'après épuisement de l'actif social, il fallait que la liquidation fût terminée, et qu'il en résultât l'impossibilité de payer les dettes, pour qu'on pût exiger ou le versement de la mise, s'il n'avait pas été fait, ou le rapport de la somme indûment restituée à l'associé commanditaire : ce qui excluait la disposition de l'article 64.

Mais par arrêt du 16 novembre 1837, la cour de Montpellier décida que l'article 64 du code de commerce s'appliquait indistinctement à tous associés non liquidateurs.

Pourvoi.

21 juillet 1838, arrêt de rejet :

« Sur le moyen tiré de la fausse application de l'article 64 du code de commerce et de la violation de l'article 26 du même code, en ce que l'arrêt dénoncé a décidé que la prescription de cinq ans s'applique à l'action qui appartient au liquidateur, ou aux créanciers d'une société en commandite, dirigée contre le commanditaire pour le contraindre à restituer le montant de la commandite qu'il aurait retiré, avant la liquidation de la société, et le payement du passif;

« Attendu, en fait, qu'il a été constaté que la dame Chivaud était une associée non liquidatrice, et que l'action dirigée contre elle par les demandeurs l'a été plus de cinq ans après l'expiration de la société dont l'acte avait été affiché et publié dans les formes voulues par le code de commerce ;

« Attendu, en droit, que l'article 64 du code de commerce déclare prescrites par cinq ans toutes les actions formées contre les associés non liquidateurs, sans établir aucune distinction sur la nature de la société à laquelle s'applique la liquidation ;

« Qu'ainsi l'arrêt attaqué, en déclarant prescrite l'action du demandeur, loin d'avoir faussement appliqué l'article 64 du code de commerce et violé l'article 26 du même code, n'en a fait qu'une juste application. »

N'avions-nous pas raison de dire que le résumé fait par Dalloz, de l'arrêt qu'il a recueilli, est d'une complète inexactitude?

726. Dans la discussion du conseil d'Etat, Regnaud de Saint-Jean d'Angely, répondant à une observation de Defermon, que dans le cas où la créance ne se trouverait pas liquidée, le créancier ne jouirait pas même d'un délai de cinq ans, déclarait que les cinq ans ne commenceraient à courir, à l'égard de chaque créancier, que du jour où, la créance étant liquidée, il lui serait possible d'exercer des poursuites. « Le recours durerait quinze ans, depuis la dissolution de la société, disait-il, si l'on avait employé « dix ans à liquider cette créance. »

Il y a dans cette réponse une évidente erreur. Que la créance, en effet, soit ou non liquidée, le cours de la prescription commence, par la raison que le défaut de liquidation n'empêche pas d'agir. Le créancier peut s'adresser aux tribunaux, assigner tous ses débiteurs; il peut même, en remplissant la condition prescrite par la loi de procédure, article 559, former une saisie-arrêt. Ce n'est que dans le cas où la créance est conditionnelle, que le cours de la prescription est suspendu jusqu'à l'événement de la condition. Comme la créance peut exister ou n'exister pas, selon que telle chose rejetée dans l'avenir arrivera ou n'arrivera pas, la prescription ne peut commencer avant que le droit soit né. Mais une créance non liquide n'est pas moins certaine qu'une créance liquide; le chiffre seul est inconnu, et c'est précisément pour le fixer, que le créancier doit agir. Le compte ou le jugement qui intervient ne crée pas le droit, il le déclare, et, conformément au principe, il y a rétroactivité jusqu'au moment où s'est formée la convention, dont la créance est le produit. La loi protége le créancier, quand il est dans l'impuissance d'agir : *Contrà non valentem agere non currit præscriptio*. Elle ne le défend pas contre ses négligences.

727. La prescription établie par l'article 64 du code de commerce est une présomption légale qui ne peut être combattue par des présomptions ordinaires. La conviction du juge que la dette réclamée n'a pas été soldée ne suffit point pour l'affaiblir. On n'y peut apposer que des poursuites judiciaires intentées avant l'expiration des cinq années. Il va de soi que la renonciation faite en temps utile par un associé au bénéfice introduit en sa faveur, rendrait à la créance sa force originelle.

La prescription est opposable à tout le monde, aux mineurs non moins qu'aux majeurs. L'archichancelier Cambacérès avait émis une opinion contraire, dans la discussion, et manifesté le désir que la rédaction consacrât cette pensée. Mais, comme le fait remarquer Merlin, ce vœu n'a pas eu de suite; il n'en a pas été dit un mot dans la loi. L'article est resté dans sa généralité primitive, et les règles du droit commercial ne permettent pas d'y sous-entendre une exception pour les mineurs. Les prescriptions établies en termes généraux par le code de commerce atteignent les mineurs et les interdits.

Tout le monde est d'accord que l'article 189, qui porte que « toutes actions relatives aux lettres de « change... se prescrivent par cinq ans, du jour du « protêt ou de la dernière poursuite juridique, s'il « n'y a eu condamnation ou si la dette n'a été recon- « nue par acte séparé, » s'applique aux mineurs et aux interdits, parce qu'il serait contraire à l'intérêt général du commerce, que la liquidation d'affaires qui réclament célérité se trouvât indéfiniment suspendue, par la circonstance que des lettres de change sont arrivées par succession ou autrement entre les mains d'un incapable.

La rédaction de l'article 64 est identique à celle de l'article 189 du code de commerce. « Toutes actions « contre les associés non liquidateurs et leurs veuves, « héritiers ou ayants cause, sont prescrites cinq ans « après la fin ou la dissolution de la société... si... la « prescription n'a été interrompue, à leur égard, par « aucune poursuite judiciaire. » Elle doit donc avoir le même sens et les mêmes effets.

La loi civile elle-même a posé le principe de cette solution, dans l'article 2278 du code civil, en soumettant les mineurs, comme le majeur, à la prescription, dans les cas où la réclamation ne pouvait, sans inconvénient, être ajournée au delà d'un certain temps. A plus forte raison le faut-il appliquer aux matières commerciales, où le premier besoin est de fixer les positions, afin que, dégagé de ses premiers liens, le négociant puisse entreprendre de nouvelles affaires en toute sécurité.

)];

ait seul administrateur, tous les actes d'administration [1857];

autre, même empêché [1858];
trer l'un pour l'autre [1859, 1°];

opération avant qu'elle soit conclue [1859, 1°];

par l'usage;
a société,
her les autres associés d'en user suivant leurs droits;
9, 3°];
iété [1861];
té d'administrateur de la société [1861];
s soutiendrait avantageuses [1859, 4°];

, 2e alinéa, 1600] { de succession, de donation entre-vifs, de testament;
ter en société que pour la simple jouissance;
1°, 1497, 1er alinéa] { de succession, de donation entre-vifs, de testament;

SO

1er TABLEAU.

SYNOPSIE

DU CODE CIVIL,

PAR

M. Brossard.

LIV. III, TIT. IX.

Contrat.

355, 1er alinéa];
des associés seront affranchis de toute contribution aux pertes [1855, 2e alinéa];
alinéa, 1853, 1er alinéa];
l'associé qui a le moins apporté [1853, 2e alinéa],
le le réclamant en a eu connaissance [1854, 2e alinéa],
it évidemment blessée [1854, 1er alinéa],
t n'y a donné aucun commencement d'exécution [1854, 2e alinéa];

néa];
inéa];

s d'autres affaires [1850];
nent par lui reçu d'un individu qui se serait trouvé à la fois { et le débiteur personnel de l'associé, et le débiteur collectif de la société;
nce pour sa part [1849];

é [1863];
point;

é [1851, 3e alinéa],
a [1867, 3e alinéa];

au partage qu'eu égard à l'état social au jour du décès,
ipe aux droits ultérieurs qu'à titre de conséquences nécessaires;

SO(

part du renonçant, de s'approprier exclusivement le profit que les associés s'étaient proposé de retirer en commun;
nt plus entières, il importe que la dissolution de la société soit différée [1870, 1er alinéa];
,
s associés { manque à ses engagements, est atteint d'une infirmité habituelle qui le rende inhabile aux affaires de la société;

2e TABLEAU.

SYNOPSIE

DU CODE CIVIL,

PAR

M. Brossard.

LIV. III, TIT. IX.

TABLE GÉNÉRALE

DES MATIÈRES.

COMMENTAIRE DE TROPLONG.

COMMENTAIRE DE DELANGLE.

PREMIÈRE PARTIE.

DEUXIÈME PARTIE.

TROISIÈME PARTIE.

TRAITÉ

DU

CONTRAT DE SOCIÉTÉ

FORMÉ DE LA RÉUNION DES SOMMAIRES DES COMMENTAIRES DE TROPLONG ET DE DELANGLE.

Le premier chiffre renvoie aux numéros du Commentaire de Troplong; les renvois à Delangle sont entre parenthèses, ou précédés du mot **Add.**

CHAPITRE I. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SECT. I. — CARACTÈRE, DÉFINITION DE LA SOCIÉTÉ.

1. Le mot *société* a, en droit, différentes acceptions. (Delangle, 1.)
2. Mais, dans le titre du code civil, il sert à signaler un rapport particulier, dont l'utilité est journalière.
3. Définition de ce rapport; description du contrat *de société*.

3 2°. *Quelle est la nature de ce contrat?*

4. Il met une chose en commun.
5. Suite, et renvoi à l'art. 1833.
6. Il doit avoir pour but de faire un bénéfice et de le partager; ceci est surtout caractéristique. (Delangle, 6.)
7. L'ancien droit, quoi qu'on en ait dit, a eu très-énergiquement conscience de cette condition de la société.
8. Preuves tirées des auteurs, des lois romaines, de l'esprit de notre ancien droit.

8 2°. *Rareté des sociétés civiles.*

9. Il n'est pas vrai non plus que jadis on ait fait confusion de la société et de la communauté.
10. Si l'ancien droit voulait qu'à côté de l'union des biens on attachât une grande importance à l'union des personnes, ce n'était pas qu'il accordât trop *au sentiment*, il faisait de l'*intérêt* bien entendu.
11. Conclusion.
12. De la nature du bénéfice que la société a pour but de procurer. Est-ce seulement un bénéfice pécuniaire, ou bien aussi un avantage moral?

12 2°. *Si un négociant convient avec une autre personne, qu'il lui donnera tous les ans telle part dans les bénéfices de son commerce, un quart, par exemple, sans que cette personne apporte rien, ni argent, ni industrie, y a-t-il société?*

13. L'avantage ne peut être purement moral; mais il est bénéfice, dans le sens de la loi, quand il est appréciable en argent. Association pour procurer à deux maisons une vue pittoresque. — Association pour avoir un équipage en commun. — Association pour se créer un lieu de promenade. (Delangle, 4.)
14. Les associations pour se défendre d'un dommage, mais non pas pour faire un bénéfice, ne sont pas de vraies sociétés. — Des assurances mutuelles et autres analogues. (Delangle, 14.)
15. *Quid des sociétés de conserve ou de navigation.* L'espoir du gain y étant mêlé au besoin de la défense, elles sont des sociétés caractérisées. *Quid* des sociétés territoriales contre le mauvais air et pour les dessèchements.
16. Le contrat de société veut de plus que le bénéfice soit fait en commun et qu'il soit partagé. (Delangle, 6.)

16 2°. *Espèce prévue par les lois romaines et dans laquelle la question de savoir s'il y a ou non société se décide d'après l'intention.* (Delangle, 6.)

17. Sens du mot *partager.*

17 2°. *Y a-t-il société dans la convention par laquelle le propriétaire d'un cheval le joint à trois chevaux appartenant à un autre pour en former un attelage et vendre plus avantageusement?*

18. Conclusions sur la définition de l'art. 1832. Pourquoi cet article ne parle pas de l'obligation de partager la perte. Réfutation des reproches qui lui ont été adressés à cet égard.
19. Comparaison de la société avec d'autres contrats et d'autres rapports analogues.
20. Parallèle de la société et de la *communauté.* (Delangle, 2, 3, 4, 10, 11, 12.)
21. La différence de la société et de la communauté ne consiste pas en ce que la société est un contrat et la communauté un quasi-contrat. La communauté peut aussi être conventionnelle. (Delangle, 3, 8.)
22. Véritable signe différentiel de la société et de la communauté. La communauté est un état passif; mais la société s'en sert comme d'un instrument pour poursuivre un but commun et réaliser des bénéfices.
23. Reproche fait à Pothier dans sa comparaison de la société et de la communauté. Observation sur un passage de Cujas.
24. Conséquences qui résultent de la différence entre la société et la communauté. 1° La société donne naissance à un être collectif, mais non pas la communauté.
25. 2° La société est favorable. La communauté est défavorable.

Add. Elle s'applique au cas où les parties, après avoir réglé les conditions de leurs rapports, se sont engagées à les faire constater par un acte authentique. (Delangle, 532.)

Add. Mais on ne peut pas l'invoquer après la dissolution de la société. (Delangle, 533.)

249. Mais la société étant nulle, comment se règle le passé entre associés? Discussion à cet égard. (Delangle, 559, 572.)

250. Arrêt de la chambre civile de la cour de cassation, expliqué et invoqué sur ce point important.

Add. Lorsque la nullité est prononcée, elle n'atteint que l'avenir. Le contrat produit pour le passé les mêmes effets que s'il avait été régulièrement contracté. (Delangle, 539.)

Add. La clause compromissoire qui défère à des arbitres amiables compositeurs le droit de prononcer souverainement sur les contestations nées de la société, n'est plus susceptible d'exécution après la nullité prononcée. Une telle stipulation, qui ne regarde que l'avenir, périt avec l'acte qui la contient. (Del., 540.)

Add. Arrêts conformes de la cour de cassation et de la cour d'Angers. (Delangle, 541.)

Add. La clause pénale stipulée pour le cas où l'un des contractants se désisterait de la société, ne doit pas non plus recevoir son application quand la rupture du contrat a pour cause l'inobservation de l'art. 42 du code de commerce. La partie qui provoque la nullité ne fait qu'user d'un droit. (Delangle, 542.)

251. Tout *intéressé* peut se prévaloir de la nullité de la société de commerce.

Les créanciers personnels d'un associé peuvent poursuivre la nullité d'une société contre cet associé et contre ses associés eux-mêmes.

Bien plus, les créanciers d'un associé peuvent l'opposer aux créanciers de la société. Ils sont tiers *intéressés* pour argumenter d'une nullité qui fait présumer la fraude. (Delangle, 547, 548.)

Add. Le créancier personnel de l'un des associés n'est pas recevable à opposer la nullité de l'acte, quand ses droits sont postérieurs à la dissolution de la société. (Delangle, 549.)

Add. Quand la société n'a pas été publiée, les droits hypothécaires s'acquièrent et s'exercent comme si elle n'existait pas. Les immeubles achetés par les associés sont, au regard des tiers, des immeubles indivis entre les acquéreurs. Ils ne sont pas réputés appartenir à l'être moral. (Delangle, 550.)

Add. Les associés ne peuvent opposer aux tiers la société qui n'a pas été régulièrement constatée et publiée. Ainsi les créanciers personnels des associés peuvent exercer leurs droits comme s'il n'avait jamais existé de société. (Delangle, 543.)

Add. On ne pourrait pas les repousser par le motif qu'ils avaient une connaissance personnelle des rapports formés entre les associés. Arrêt conforme de la cour de Paris. (Delangle, 544.)

Add. Les tiers, d'ailleurs, ne seraient point admis à décliner l'exécution des engagements par eux contractés envers une société non publiée. (Delangle, 545.)

Add. C'est une conséquence du même principe, que les tiers qui ont traité avec la société puissent agir contre elle et contre les associés personnellement, comme si la loi avait été scrupuleusement exécutée. (Delangle, 546.)

251 2°. *Limite ou droit qu'auraient les créanciers d'agir sur tous les biens de leur débiteur associé.*

Add. L'art. 42 du code de commerce n'est pas applicable aux sociétés formées et exploitées par des Français en pays étranger. (Delangle, 551.)

252. Des formalités requises pour la société anonyme. (Delangle, 524.)

Elle ne peut être formée que par acte public. Affiche de l'ordonnance d'autorisation et de l'acte d'association.

253. Quelquefois il y a une société de fait qui *précède* l'autorisation. Effets de cette société. Renvoi au n° 475. Autre renvoi sur la marche à suivre pour l'obtention de l'ordonnance.

254. Ce n'est pas seulement la formation des sociétés de commerce qui doit être publiée.

Il faut aussi publier la *dissolution avant le terme fixé;*

La *retraite* d'un associé en nom;

L'adoption d'une *nouvelle raison sociale;*

La *modification* de clauses importantes;

La continuation de société après le terme expiré. (Delangle, 569.)

Add. Ainsi la continuation des sociétés dont le terme est expiré, doit être constatée régulièrement, et publiée. (Delangle, 570.)

Add. Quand la société prend fin, chacun des associés devient à l'instant même copropriétaire du fonds social : la fiction de l'être moral disparaît, et les créanciers personnels des associés peuvent conséquemment faire des actes d'exécution. Ils ne peuvent être dépouillés de ce droit que par des conventions régulièrement établies. (Delangle, 571.)

Add. Si les formalités légales n'ont pas été accomplies, les associés peuvent, à leur gré, rompre le contrat qui les lie. (Delangle, 572.)

Add. Les créanciers de la société exercent, à l'égard des associés, les mêmes droits que si les choses avaient été faites légalement. En cas de dénégation, ils sont recevables à prouver par témoins la continuation des rapports sociaux. (Delangle, 573.)

Add. L'action des tiers n'est pas, au reste, plus étendue que si les titres dont ils sont porteurs avaient été souscrits avant l'époque fixée pour la fin de la société. Ainsi, le commanditaire qui n'a pas fait acte de gestion est à l'abri de toute atteinte. Arrêt de la cour de Paris en ce sens. (Delangle, 574.)

Add. S'il y a lutte entre les créanciers sociaux et les créanciers personnels des associés, on doit suivre la règle tracée par l'art. 42 du code de commerce. (Delangle, 575.)

Add. La continuation de société qui n'est pas régularisée, constatée et publiée, ne peut être opposée aux tiers. L'article 46, en se référant à la disposition finale de l'art. 42, ne permet pas une autre solution. (Delangle, 576.)

Add. L'art. 46 s'applique au cas même où la société n'a pas été rendue publique à son début. (Delangle, 577.)

Add. La dissolution anticipée est soumise aux mêmes conditions, sous peine d'inefficacité, en ce qui touche les tiers. (Delangle, 578.)

Add. Examen et réfutation d'un arrêt de la cour de Bordeaux, du 22 décembre 1828, qui juge que le défaut d'enregistrement et d'affiche au tribunal de commerce, d'une dissolution anticipée de société, peut être suppléé par des circulaires et des insertions dans les journaux. (Delangle, 579.)

Add. Si la dissolution anticipée résulte du décès d'un des associés, l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 42, 43 et 46 n'est pas exigé. (Delangle, 580.)

CHAPITRE II. — DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉ.

SECT. I. — DES SOCIÉTÉS UNIVERSELLES.

489. Ce n'était pas par oubli que l'ordonnance de 1673 ne parlait pas de la participation. Ce qu'en dit le code de commerce n'est guère plus expressif que le silence de l'ordonnance de 1673.
490. La participation n'est pas une société proprement dite. (Delangle, 593.)
491. Les Romains firent-ils cette distinction?
492. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'elle joue un grand rôle dans la jurisprudence italienne. Fréquence des participations en Italie, et importance de celles qui avaient pour objet la ferme du revenu public.
493. Jurisprudence des tribunaux italiens sur les rapports des participants entre eux.
494. Jurisprudence des mêmes tribunaux sur les rapports des participants avec les tiers. Ceux-ci n'ont d'action que contre celui avec qui ils ont traité. La participation ne forme pas un corps. Les participants ne sont pas coseigneurs de l'affaire.
495. Résumé sur la nuance entre la société et la participation. (Delangle, 600.)
Add. Arrêts conformes également à la pensée qu'il n'y a pas d'être moral. (Delangle, 601.)
Add. Inconvénients et dangers du système contraire. (Delangle, 602.)
496. Signes donnés par quelques auteurs, pour distinguer la société et la participation. Critique de leurs opinions. (Delangle, 216.)
497. Suite. (Delangle, 211, 212, 213, 605.)
498. Suite. (Delangle, 211, 212, 213.)
499. Règle pour arriver à une distinction sûre.
La participation est toujours et essentiellement occulte. (Delangle, 606, 612, 613.)
500. De plus, elle ne crée pas de patrimoine social, pas d'action simultanée, pas de corps moral. (Delangle, 594, 595, 599.)
501. Il peut bien y avoir une copropriété, mais il n'y a pas de propriété sociale.
502. La participation n'a pas de raison sociale, de siége, de signature. Elle est exempte de publicité. (Delangle, 601, 602.)
Add. Les cours royales n'apprécient pas souverainement les conventions de société qui leur sont déférées. Si, après avoir directement ou indirectement constaté que les parties se sont unies pour faire le commerce, elles déclarent qu'il n'existe entre elles qu'une association en participation, elles violent la loi, et sont sujettes à la censure de la cour de cassation. (Delangle, 611.)
503. Dans les rapports des participants entre eux, le participant qui agit fait presque toujours son affaire propre, et il n'est pas nécessairement le mandataire de celui qui n'agit pas.
504. Cependant il n'est pas impossible qu'il soit son mandataire.
505. A l'égard des tiers, le participant qui agit est censé maître exclusif. Les participants inconnus suivent entièrement sa foi. (Delangle, 622, 623, 624.)
Add. Le gérant de la participation étant seul connu des tiers et seul en nom, a tout pouvoir pour aliéner, emprunter, hypothéquer, endosser les billets, etc. (Delangle, 619.)
Add. Il a ce pouvoir dans le cas même où les billets auraient été souscrits nominalement à l'ordre de tous les associés participants. (Delangle, 620.)
Add. Les jugements rendus contre le gérant ne peuvent être attaqués par voie de tierce opposition de la part des autres associés. (Delangle, 621.)
506. Toutes les dettes qu'il a faites et qui grèvent la chose, objet de la participation, doivent être respectées par les participants.
507. Exemple.
508. Les achats faits par l'associé qui agit, sont censés faits pour lui. Les créanciers de ses participants n'y peuvent rien prétendre du chef de ces derniers.
509. Cela est vrai, quand même des fonds auraient été donnés par un participant pour faire ces achats.
510. Même d'associé à associé, le véritable propriétaire est celui qui a acheté, à moins qu'il ne résulte des faits qu'il était simple mandataire.
511. Mais quoique chaque associé reste propriétaire de la chose conférée, néanmoins celui qui gère en est saisi, et si elle consiste en un meuble, les créanciers personnels des propriétaires n'y peuvent rien prétendre du chef de ce dernier qu'après la liquidation.
512. Que si la chose est un immeuble, il en est autrement, et les tiers qui y ont acquis des droits du chef du propriétaire ne peuvent se les voir enlever, sous prétexte de créances sociales. Une société en participation n'a pas droit de se poser en face des tiers.
513. Il est si vrai, du reste, que chacun conserve la propriété des mises, que si le propriétaire de la marchandise, qui l'a expédiée à son participant pour la vente, se trouve dans les conditions de la revendication en cas de faillite, il peut l'exercer. (Delangle, 616.)
514. Renvoi pour un plus ample examen de ces questions.
515. Du compte de profits et pertes de l'opération. De l'étendue du concours aux pertes. Différence à cet égard entre la commandite et la participation. (Delangle, 603, 616.)
Add. Les associations en participation ont lieu, pour les objets, dans les formes, avec les proportions d'intérêts, et avec les conditions convenues entre les parties, pourvu que le principe du contrat ne soit pas violé. (Delangle, 614.)
Add. Exemples de stipulations permises. (Delangle, 616.)
Add. Si les parties n'ont pas réglé leur position respective, on suit, pour la répartition des bénéfices et des pertes, les règles que le code civil a tracées. (Delangle, 617.)
Add. A défaut de stipulation, les intérêts des sommes avancées par un des participants, pour l'opération commune, ne sont dus que du jour de la demande en justice. Arrêt de la cour de Poitiers en ce sens. (Delangle, 618.)

CHAPITRE III. — DES ENGAGEMENTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX ET A L'EGARD DES TIERS.

516. Division de la matière.
517. Les dispositions qui vont suivre sont applicables à toutes les sociétés quelconques, sauf certaines exceptions.

SECTION I.

518. Cette première section traite des engagements des associés entre eux.
Aperçu des points dont elle s'occupe.
519. De l'action *pro socio* donnée comme sanction des obligations des associés entre eux.
Du *bénéfice de compétence* admis en droit romain et rejeté en droit français.
520. De l'arbitrage forcé dans les sociétés commerciales. Ses inconvénients.
520 2°. *Y a-t-il lieu à arbitrage en cas de contestation entre associés en participation?*

DES DOMMAGES-INTÉRÊTS.

DES RISQUES DES CHOSES SOCIALES.

623. Du cas où les parties s'en sont rapportées à l'une d'elles ou à un tiers, sur la fixation des parts. Droit romain. (Delangle, 121.)

624. Le code y est conforme.
Fins de non-recevoir contre la fixation de l'arbitrateur.

625. Si l'arbitrateur décède avant d'avoir rempli sa mission, la société est nulle.

625 2°. Quid *si, au lieu d'une personne, les parties en ont désigné deux ou plusieurs?*

625 3°. *Le partage entre les deux arbitres entraînerait aussi la nullité de la société.*

626. La société est nulle également si les parties sont convenues de s'en rapporter à un arbitre à désigner plus tard.

626 2°. *Autre espèce posée par Duranton. Cas où depuis l'association les parties conviennent d'un tiers, qui refuse.*

626 3°. *Mode de liquidation des sociétés annulées pour défaut de fixation des parts.*

627. De la fixation des parts par la convention. L'art. 1855 impose des bornes à la volonté des parties.

628. De la société léonine. Origine de cette dénomination. (Delangle, 111 et suiv.)

629. Il y a deux espèces de sociétés léonines :
1° Non-participation aux bénéfices, avec participation aux pertes ;
2° Concentration de la perte sur un seul, avec participation aux bénéfices.

630. De là, division du commentaire de cet article en deux parties. Importance de cet article.

631. De la première espèce de société léonine.
L'art. 1855 ne requiert pas une égalité parfaite dans la participation aux bénéfices. Développement de cette proposition. Conclusion que celui qui apporte plus peut prendre moins.

632. Ceci est surtout évident quand la proportion est la même dans les pertes et dans les bénéfices ; alors l'inégalité apparente cache une égalité réelle. (Delangle, 118.)

633. On peut stipuler aussi que l'un aura deux parts dans les bénéfices et une part dans les pertes. Renvoi au n° 641. (Delangle, 118.)

634. Objection tirée de l'article 1811, relatif au cheptel, et réponse.
Objection tirée de l'article 1521, relatif au régime matrimonial en communauté, et réponse.

635. Mais, dans cette attribution inégale des bénéfices et des pertes au même associé, il ne faut pas que le bénéfice soit illusoire ; il doit être sérieux.

636. Règle pour calculer les bénéfices.

637. Examen de quelques clauses qui se rencontrent dans les contrats de société.
Stipulation d'une somme fixe pour tenir lieu de bénéfices à un associé. Exemple donné par Ulpien. Légitimité d'un tel pacte.

638. Cet assignat de somme fixe serait valable, alors même qu'il serait convenu qu'elle serait payée quand même la société ne ferait pas de bénéfices.
Un associé peut vendre à son coassocié sa part dans l'espérance du gain, moyennant une somme fixe payable à tout événement. Raisons qui soutiennent ce pacte, célèbre chez les canonistes sous le nom d'*assurance du bénéfice*. (Delangle, 117.)

639. Suite.

640. Réponse à une objection.

641. Limitation proposée par Felicius examinée et limitée.

642. De la clause par laquelle l'un des associés prélèvera sur les bénéfices l'intérêt de sa mise. Conseil donné aux bailleurs de fonds relativement à cette clause.

643. De la clause par laquelle un associé a, à son choix, ou une somme fixe annuelle, ou une quote-part dans les bénéfices.

644. La participation aux bénéfices peut être conditionnelle à l'égard d'une des parties, et pure et simple à l'égard de l'autre.

645. On peut même convenir que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés sous une certaine condition ; sinon, qu'on partagera également.

646. Ou bien que la totalité des bénéfices appartiendra au survivant.
Discussion à cet égard. Réponse aux objections. (Delangle, 119.)

647. De la seconde espèce de sociétés léonines. Affranchissement de toute contribution aux pertes. Toute somme ou tout effet mis dans une société doit contribuer à la perte. (Delangle, 124.)

648. Ce principe est-il applicable à celui qui apporte, non une somme ou un effet, mais une industrie? Théorie du droit romain à cet égard. Comment il faut entendre la proposition de S. Sulpicius, Caïus, Ulpien, Justinien, que l'industriel peut être affranchi de toute perte. (Delangle, 116, 124.)

649. Mais peut-on lui assurer une somme fixe, quelles que soient les pertes sociales?

650. Exemple tiré de l'*implicita* des Italiens. Ce contrat ne peut sans doute se soutenir à titre de société pure, mais il vaut comme contrat de louage d'ouvrages.

651. Du cas où l'assurance d'un traitement fixe n'est considérée que comme partie du prix qu'on aurait mis aux travaux de l'industriel.

652. Des conventions d'exemption qui portent, non plus sur une industrie, mais bien sur une somme ou un effet.
1° Un associé ne peut se rendre assureur envers son coassocié du capital et des bénéfices. Un tel pacte serait aujourd'hui suspect d'usure.

653. 2° Un associé peut-il au moins se rendre assureur envers son coassocié du capital, sauf à celui-ci à courir la chance relativement aux bénéfices?
Ancien droit. En supposant que l'art. 1855 veuille s'en écarter, on peut presque toujours l'y ramener par l'art. 1851, qui permet de stipuler la reprise d'une chose fongible, ou d'une somme d'argent mise dans la société pour la jouissance. (Delangle, 117.)

654. Au surplus, cet article ne défend pas une assurance partielle du capital ou des effets mis dans la société.

655. Pourrait-on garantir un associé de toutes les pertes qui iraient au delà de la mise?

656. Ou le dispenser des dettes au delà de sa mise?

657. De la clause de prélèvement de la mise avant partage. Comment elle doit être entendue.

658. La clause qui fait porter la perte entière d'un corps certain sur l'associé qui n'en a apporté que la jouissance, loin d'être contraire à l'art. 1855, est l'expression de la disposition de l'art. 1851.

659. Mais une convention pourrait-elle le décharger en tout ou en partie de la perte, pour la reporter sur l'associé non propriétaire? Examen des arguments pour et contre : solution de la question.

660. Celui qui a apporté la jouissance d'une somme d'argent, peut-il stipuler qu'il la prélèvera, quoi qu'il arrive, et qu'il ne contribuera à la perte en aucune manière?

661. Comment cette clause pourrait dégénérer en prêt et même en usure.

RÉPERTOIRE ALPHABÉTIQUE

COMMUN AUX COMMENTAIRES

DE

TROPLONG ET DE DELANGLE.

N. B. Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.—Le renvoi à Delangle est spécialement indiqué par l'addition du mot DELANGLE.

A

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

tion par laquelle deux voisins s'entendraient pour construire un mur mitoyen à frais communs, 36. — Elle ne peut naître d'une association philanthropique, religieuse ou littéraire, qui n'engendre que des obligations purement morales, 32.

Son objet. Elle a un tout autre but que l'action *communi dividundo* et peut être intentée cumulativement, 64. — Elle est la sanction des engagements entre associés, 519. — S'intente pour la tradition des mises, 525. — Pour obliger l'associé qui a touché sa part de la créance commune à la rapporter à la masse, 568. — Pour forcer chaque associé à contribuer aux pertes, 587. — Elle compète à l'associé créancier de la société pour fait de gestion des intérêts communs, 681 et suiv., 36. — Ou pour indemnité des pertes subies à l'occasion de cette gestion, 607, 608. — Limites de ce droit à une indemnité, 609. — En est-il de même à raison de la perte de la chose dont l'associé propriétaire n'avait apporté que la jouissance dans la société? 589, 618.—Comment et contre qui l'action *pro socio* s'exerce-t-elle à raison de ces indemnités? 611, 612. — L'action *pro socio* n'avait pas trait, en droit romain, à l'exercice du mandat confié au gérant d'une société, 665. — L'action *pro socio* peut s'intenter contre l'associé qui accapare l'usage des choses sociales, 733. — Ou qui vendrait sa part au préjudice de l'intérêt social, 753. — Elle ne peut s'exercer entre un croupier et les associés de son cédant. — L'associé cédant seul est responsable, 758, 756 et suiv. — Se déchargerait-il de sa responsabilité en se dessaisissant de son action en faveur de celui qui doit en profiter? 759, 762. — Actions qui compètent à chaque associé pour arriver à la liquidation et au partage de la société, 996, 998. — Le droit romain en offrait deux bien distinctes, 997.

ACTION SOCIALE. V. ADMINISTRATION.

ACTION AU PORTEUR. Voy. COMMANDITE.

ACTIONS. Voy. COMMERCIALES, COMMUNAUTÉ, CRÉANCIERS, CRÉANCES DE LA SOCIÉTÉ, MISE, PARTAGE, VENTE.

ACTIONS CÉDÉES. Voy. RISQUES.

ADMINISTRATION de la société. Voyez COMMANDITE, ANONYME, COMMUNAUTÉ, COLLECTIF, LIQUIDATEUR, PARTICIPATION, SOCIÉTÉ. § I, *Par gérant.* — § II. *Par associés mêmes.*

§ I. — *Par gérant.*

Abus de confiance. Le gérant de la société en commandite qui détourne les fonds sociaux, et les applique à ses affaires personnelles, peut être poursuivi et condamné comme coupable d'abus de confiance. DELANGLE, 321.

Achats. Le gérant d'une société peut et doit faire tous les achats de choses utiles à l'entreprise ou au commerce qu'elle a en vue, 683.

Action personnelle. L'avoué qui occupe pour une société anonyme, n'a pas d'action personnelle contre les administrateurs dont il a reçu son mandat. DELANGLE, 413.

Actions en justice. Le gérant d'une société est son représentant légal dans les procès intentés par elle ou contre elle, 671, 672 et suiv. — Dans quels cas le gérant peut-il intenter seul les actions de la société ou y défendre, et dans quelle forme? 691, 682 et suiv. — Suffit-il qu'il soit seul désigné dans l'assignation? 692, 693, 694. — L'action ne peut être intentée ou défendue par le gérant d'une société lorsqu'elle concerne des choses dont l'aliénation lui est interdite, 691. — La prohibition d'aliéner intimée à l'associé non gérant ne suppose nullement que le gérant *à contrario* ait le pouvoir de disposer des choses sociales, 741, 745. — Ce pouvoir ne se présume pas. Il doit être exprès, 811.

Aliénation. Aliénation des choses de la société, dépasse en général les pouvoirs du gérant, 682. — A moins que ces choses ne soient destinées à être vendues ou ne se détériorent avec le temps, *ibid.* DELANGLE, 318.

Associés. Les associés non administrateurs ne peuvent-ils s'immiscer dans la gestion qu'en l'absence de gérant élu? 746 et suiv., 749. DELANGLE, 185. — Cependant l'appel interjeté au dernier moment serait valable à l'égard des tiers. DELANGLE, 176, 183. — Alors même qu'il y aurait des administrateurs, l'associé solidaire peut, à ses risques et périls, agir dans l'intérêt social, mais sans troubler l'administration, 694 2°. — Des actes que peut faire chaque associé en l'absence du gérant élu, 712 et suiv. — Actes qui lui sont interdits, 744, 748, 746.

Avances. Voy. *Indemnité.*

Caution. Dans une société commerciale, le gérant a pouvoir suffisant pour garantir ses engagements par des cautions, 810.

Charges. Les charges régulièrement constituées par l'ancien gérant subsistent sur les biens de la société, même après leur dévolution à chaque associé après le partage, 1065.

Compromis. DELANGLE, 136. Voy. *Pouvoirs.*

Comptes. C'est au liquidateur que les anciens gérants de la société rendent leurs comptes, 1016. — L'administrateur doit rendre compte de sa gestion à certains intervalles, 766 2e. DELANGLE, 175. — A défaut de stipulation expresse, la majorité des associés fixe l'époque où, durant la société, cette obligation doit être accomplie. DELANGLE, 172. — Comment se font et de quels éléments se composent les comptes entre associés, après la dissolution de la société. DELANGLE, 697.

Concours. Concours de plusieurs gérants d'une même société, stipulé par l'acte de nomination, 763. — Utilité de ce concours, 764, 705. — Il est parfaitement licite dans les sociétés en nom collectif, 766. — Concours de tous les associés pour l'administration de la société lorsque le contrat n'y a pas pourvu, 718, 741 et suiv. — Obligation de concourir à l'entretien de la chose sociale, 751, 735. Voyez *Plusieurs.*

Délibération. S'il y a délibération de la société sur la légitimité de la conduite du gérant, la majorité fera loi, 875.

Destitution. Destitution du gérant ne peut être provoquée par les associés que pour cause grave et légitime, quand le gérant a été élu par le contrat de société, 663, 661, 668, 669. — Autrement tout associé peut la demander, 679. — Cette destitution n'entraîne pas nécessairement la dissolution de la société, 677.

Disposition. Le gérant d'une société, lors même qu'il est élu par le contrat, n'a pas le droit de disposer en maître de la chose sociale, 682, 686, 691. — *A fortiori* s'il s'agit d'un simple associé non gérant, 744, 745.—Le gérant d'une société est présumé mandataire pour administrer et non pour disposer, 867. — Au delà du droit d'administrer, le pouvoir doit-il toujours être spécial et exprès, dans les sociétés civiles? 868. —Ou commerciales? 809 et suiv.—*Quid* à l'égard des tiers? 818, 811 et suiv. — Effet à leur égard de la clause du contrat qui restreint le droit d'user de la signature sociale à un seul associé, 812.

Dommages-intérêts. L'associé administrateur peut, selon les circonstances, être tenu de dommages-intérêts supérieurs aux intérêts calculés au taux légal, 709 5°. — L'administrateur qui excède ses pouvoirs est passible de dommages-intérêts envers les autres associés. DELANGLE, 152.

Donation. Le gérant d'une société ne peut disposer des biens sociaux à titre gratuit, 689. DELANGLE, 139.

Emprunts. Le gérant d'une société peut emprunter pour l'affaire sociale sans autorisation spéciale, 684 et suiv. — Mais peut-il emprunter sur hypothèque? 666. DELANGLE, 146.

Exécution. Un seul gérant peut arrêter l'exécution de la résolution prise par ses cogérants, 11, 708.

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

§ II. — *Par les associés.*

gement envers le tiers porte que l'obligation est restreinte à sa part, sans autre explication, l'associé n'est point tenu pour une part virile, 810 2°. — Les tiers ne peuvent point à leur gré réclamer contre chaque associé sa part virile ou sa part sociale. En l'absence de toute convention, ils n'ont droit qu'à la part virile, 819 3°. — La convention qui limiterait la responsabilité d'un associé à la perte des capitaux qui forment sa mise, n'a point d'effet à l'égard des tiers, alors même que ceux-ci l'auraient connue, 810 1°. — Il en serait autrement, s'il était dit dans l'acte de société que l'associé ne serait tenu, même à l'égard des tiers, que jusqu'à concurrence de sa mise, 810 5°.

Innovation. Quid si l'associé a fait des innovations à l'insu de ses coassociés? 730 2°.

Majorité. Le principe de la prépondérance de la majorité sur la minorité pour les actes d'administration est essentiel dans toute association, 720, 721, 725. DELANGLE, 129, 130. — Comment se calcule la majorité? 722. — *Quid* si parmi les associés, en l'absence de tout gérant élu, il se forme plusieurs opinions dont aucune ne réunit la majorité? 723. — La majorité des associés ne peut contraindre la minorité à la prorogation de la société au delà du terme fixé, 012. — Mais pour les innovations, la majorité ne peut faire la loi à la minorité, 724, 736, 730. — Mais elle ne peut, à moins de convention contraire, modifier le statut social. DELANGLE, 131. — Elle ne peut, non plus, imposer à la minorité un supplément d'apport. DELANGLE, 08. — Dans une société non conditionnée, les voix se comptent par tête et non par le nombre des parts, 722. DELANGLE, 134. — Cas dans lesquels l'avis de la majorité n'empêche pas la minorité d'agir, 724.

Meubles, marchandises. Le gérant peut en disposer sans autorisation préalable, 682. — De même que tout associé, si la société n'a pas choisi de gérant, 745, 747, 749.

Opposition. Droit d'opposition de chaque associé aux actes mêmes d'administration de ses coassociés dans une société non conditionnée, 716. DELANGLE, 129, 130. — Sa légitimité, 717 et suiv. — Comment se forme-t-elle? 726. — Son opportunité, 727. — Son influence sur les contrats passés avec les tiers, 728. — Ne peut être invoquée contre l'obligation imposée à chaque associé de contribuer aux frais de conservation de la chose commencée, 734 et suiv. — *Secùs* s'il s'agit d'innovations, 735, 737 et suiv. — L'opposition d'un seul associé empêche la nomination d'un liquidateur, lorsque celui-ci n'a pas été désigné par les statuts, 1025. — Moyen de vaincre cette opposition usité dans les sociétés commerciales, 1027 et suiv.

Organisation. Administration de la société, réglée tantôt par la convention tantôt par la loi, 663. — Nécessité d'une organisation forte, surtout en matière commerciale, 664. — De tout temps reconnue, 665, 666.

Pouvoirs. Pouvoirs de chaque associé en cas où aucun gérant n'a été élu, 710 et suiv., 713 et suiv. — Quand un associé est-il censé avoir pouvoir suffisant pour obliger la société vis-à-vis des tiers? 771, 805 et suiv. — Forme de ce pouvoir, 805, 807, et suiv.

Sociétés civiles. Analogie d'organisation des sociétés civiles non pourvues de gérant avec les sociétés en nom collectif, 714, 715, 747, 760. — Une société civile est-elle obligée par le contrat passé avec un tiers, par cela seul qu'elle en a profité? 771 et suiv. — Il faut encore que l'associé ait agi *nomine sociali*, 805, 808. — Et avec un pouvoir suffisant, 807, 808. — Dans quelle mesure, en ce cas, les associés sont-ils tenus pour le fait de leur coassocié? 817, 818 et suiv. — Division de la dette par portions égales, 818. — Exception, quand la société est actionnée seulement parce qu'elle a profité, 820. — *Quid* si tous les associés ont signé l'engagement collectivement? 847, 848, 856.

ADULTÉRIN. Voy. UNIVERSELLE.

AFFICHE. Voy. COMMERCIALES.

ABSENCE. Voy. COMMERCIALES.

AGENT DE CHANGE. Voy. OFFICE.

AGIOTAGE. Dans les sociétés en commandite, 147, 148. — Terreurs qu'il a causées, 149. — La forme au porteur des actions l'a-t-elle facilité? 155, 158 et suiv. — Exemple d'une combinaison enfantée par l'agiotage, 195. — Garanties suffisantes offertes par notre code contre l'agiotage, 407. (Voyez la préface, p. CXXIV, et suiv.) Voy. COMMANDITE.

AGRICULTURE. Était le but des sociétés taisibles, 191, 257. (Voy. préface, p. XVII et suiv.) Voy. COMMERCIALES.

ALÉATOIRE. Voy. SOCIÉTÉ.

ALIÉNATION. Voy. UNIVERSELLE, PARTICIPATION, MISE, ADMINISTRATION, LIQUIDATEUR, SOCIÉTÉ, UNANIMITÉ.

AMBOOO. Voy. UNIVERSELLE.

ANCIEN DROIT. Voy. FAILLITE UNIVERSELLE.

ANNULATION. Voy. CRÉANCIERS, § II.

ANONYME (*Société*). Voy. ACTION, CAPITAL, CONTRAT DE SOCIÉTÉ, DISSOLUTION, ÊTRE MORAL, FAILLITE, OBJET, RAISON SOCIALE, SIGNATURE SOCIALE, SOCIÉTÉ, SOLIDARITÉ, VISOOR.

Action cédée. L'actionnaire, s'il n'a pas acquitté le montant de sa souscription, n'est pas libéré par la vente qu'il fait de ses actions. DELANGLE, 449, 450.

Administration. Dans une société anonyme, tout associé peut gérer comme mandataire de la société sans s'obliger personnellement, 450, 453, 828. — Les gérants y sont de simples mandataires toujours révocables, 452. DELANGLE, 426. — Peuvent être choisis parmi tous les associés sans privilége pour les fondateurs, 407. — Même dans le cas où l'administration leur a été confiée par le statut social. DELANGLE, 426, 427. — L'administrateur de la société anonyme peut être étranger à la société et salarié. DELANGLE, 431. — Il a tous les droits et tous les devoirs du mandataire. DELANGLE, 413. — Il n'est pas responsable personnellement du préjudice que peut causer aux tiers l'accomplissement de son mandat. DELANGLE, 465, 448. — Dans les sociétés anonymes, la clause des statuts qui nommerait les administrateurs pour toute la durée de la société serait inopérante. Il en serait de même de celle qui les déclarerait irrévocables, 680 2°.

Aliénation. Voy. *Assemblées générales.*

Assemblées générales. Les assemblées générales, dans les sociétés anonymes, règlent les conditions de la gestion, et apurent les comptes des gérants. DELANGLE, 430. — Elles peuvent autoriser des emprunts avec affectation hypothécaire des immeubles sociaux. DELANGLE, 437. — Elles peuvent également approuver les mesures prises par les gérants pour l'exploitation de la société, quoiqu'il en résulte aliénation d'une grande partie du fonds social. DELANGLE, 438.

Associés. Associés d'une société anonyme, restent inconnus au public, 414. — Peuvent surveiller l'administration et même gérer comme mandataires sans crainte d'immixtion et de solidarité, 450, 452, 453. — Débiteurs de leur action ou mise envers la société, 437. — Mais ne peuvent être contraints au rapport des bénéfices, 458. — Distinction entre les associés qui ont pris part à l'administration et ceux qui n'ont pas géré, 478.

Assurance. Règle que s'impose l'administration, en matière d'assurances et autres entreprises analogues, 471 2°.

Autorisation royale. Exigée pour la formation des sociétés anonymes, 252, 445; — pour la modification de leurs statuts, 254. DELANGLE, 471, 472. — Marche à suivre pour l'obtenir, 459. DELANGLE, 474. — Sévérité de l'administration dans l'exercice de son contrôle, 461 et suiv., 470. — L'autorisation n'est pas révoquée en cas de faillite de la société,

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

Notification. Le défaut de notification du décès d'un associé laisse la société continuer à l'égard des tiers de bonne foi qui ont traité avec elle comme si elle existait encore, 903, 904, 914.

Présomption. Dans le doute, présume-t-on la continuation? 958, 959.

Publicité. La continuation d'une société collective ou en commandite, dont le terme est expiré, doit être affichée et publiée, à peine de nullité. DELANGLE, 570. — A défaut de publicité, la société continuée ne peut être opposée aux tiers, ni par les associés, ni par les créanciers de la société. DELANGLE, 578. — Les tiers sont, au contraire, admis à prouver la continuation de la société, et à s'en prévaloir contre les associés. DELANGLE, 573. — Mais leur action, en ce cas, est réglée par les stipulations du contrat primitif. DELANGLE, 574. — Les formalités de publicité sont nécessaires dans le cas même où la société n'a pas été publiée dans l'origine. DELANGLE, 577.

Renonciation vicieuse. Continuation de la société nonobstant la renonciation d'un associé, lorsque cette renonciation est vicieuse, 974 et suiv., 981, 982.

CONTRAINTE PAR CORPS, peut être exercée contre le liquidateur d'une société, mais seulement pour la représentation des valeurs sociales dont il est saisi, 1045, 1048. — A moins qu'il ne soit en même temps associé, *ibid.* — L'associé commercial est contraignable par corps, quand il s'agit de la restitution des sommes qu'il a détournées de la caisse. DELANGLE, 189. — Il peut l'exercer à son profit, quand il poursuit le recouvrement des fonds versés en compte courant. DELANGLE, 189. — La contrainte par corps ne peut être prononcée contre le souscripteur d'actions dans une société anonyme. DELANGLE, 453, 460. Voy. COMMANDITAIRES.

CONTRAT DE SOCIÉTÉ. Voy. UNIVERSELLE, COMMANDITE, ASSOCIÉS, DISSOLUTION, CONTINUATION.

Anonyme (Société). Voy. CE MOT.

Associés entre eux. Voy. CE MOT.

Bénéfices. Voy. CE MOT.

Commencement de société. Voy. SOCIÉTÉ.

Consentement. Se forme par le seul consentement, dans les sociétés civiles, 194.

Gérants. Voy. *Administration.*

Forme. Liberté des parties quant à sa forme, 283. — Formes plus sévères exigées pour les sociétés commerciales. Solennités spéciales, 214, 226 et suiv. — A qui et par qui les vices de forme peuvent-ils être invoqués? 229, 230, 239, 240. — Peuvent-ils se couvrir par l'exécution du contrat? 241, 249 et suivants. — Formes exigées pour les sociétés anonymes, 252. — Pour les modifications au contrat primitif, 254.

Véritable nature. Tout intéressé à l'existence de la société a droit de ramener le contrat simulé à sa véritable nature, 57.

Preuve. N'est pas le moyen unique de prouver la société, 200, 201, 204, 205.

Raison sociale. Le contrat de société commerciale doit fixer la raison sociale, 236, 574.

Signature sociale. Et celui des associés qui aura la signature quand la société est en nom collectif, 375, 812.

Solennités. Voy. *Forme.*

Tradition. Voy. MISES.

CONTREBANDE. Voy. ILLICITES.

CONTRE-LETTRE. Voy. RENONCIATION, DISSOLUTION.

CONTRIBUTION. Voy. PERTES, ASSOCIÉS, RENONCIATION.

CONVENTIONS (*Liberté des*). Voy. ILLICITES, CONTINUATION, DISSOLUTION, LIQUIDATEUR.

CONVERSION. Voy. COMMANDITE.

COPROPRIÉTÉ. Voy. COMMUNAUTÉ, MISES.

CORPORATION. Dans toute corporation publique comme privée, la majorité l'emporte et fait la loi, 721.

CORPS CERTAIN. Voy. RISQUES, PERTES, PROPRIÉTÉ SOCIALE.

CORPS MORAL que forme la société. Voy. ÊTRE MORAL.

CORRESPONDANCE. Moyen de prouver une société, 203.

COURSE. Société d'armement en course, seule réputée de droit société en commandite, 415. Voy. COMMANDITE.

COUTUMES. Voy. TACITES, USAGES.

CRÉANCES. Voy. CRÉANCIERS, ASSOCIÉS.

CRÉANCES DE LA SOCIÉTÉ contre les tiers. Elles sont indivisibles, 866, 867. Voy. DISSOLUTION.

CRÉANCES, CROUPIER. Le croupier, dans le lot duquel se trouvent des créances, n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport à lui fait par l'associé cédant, 766.

CRÉANCIERS. Deux classes de créanciers, ceux de la société, ceux de chaque associé, 78, 210 et suiv. Voy. ADMINISTRATION, ASSOCIÉS, § 2.

§ 1. — *Créanciers de la société.* — Voy. ASSOCIÉS, COMMANDITAIRES, LIQUIDATEUR, PARTICIPATION, PUBLICITÉ, SOCIÉTÉ, RAISON SOCIALE.

Action. Quand les créanciers qui n'ont traité qu'avec un seul associé ont-ils action contre la société entière? 771, 772 et suiv., 805 et suiv. — Il ne suffit pas, pour que les tiers aient action directe contre une société, qu'ils allèguent la qualité d'associé de celui avec qui ils ont contracté, et même que la société a profité de l'engagement, 771, 772 et suiv. — Ce simple fait ne leur donne même pas l'action *institoire*, ou celle *de in rem verso*, 777, 788 et suiv. — Que faut-il de plus? 885 et suiv. — Différence entre l'action ordinaire et l'action *de in rem verso*, quant à la mesure dans laquelle les associés sont tenus d'y satisfaire, 817 et suiv., 820. — Autre distinction sous ce rapport entre les sociétés civiles et les sociétés de commerce, 805, 808, 809 et suiv., 818 et suiv., 822 et suiv., 847, 848 et suiv. — *Quid* dans les participations? 826, 855. — Les tiers ont-ils action directe contre les simples commanditaires? 829 et suiv. — Les créanciers d'un associé sont-ils créanciers de la société, par cela seul qu'elle a profité de l'engagement contracté par cet associé en son seul et privé nom? 771, 772 et suiv., 802. — Il faut, de plus, que l'associé ait agi comme représentant de la société, 805, 886 et suiv. — Sous la raison sociale, 806. — Et avec pouvoir d'agir, 887 et suiv. — Dans les limites de ce pouvoir exprès ou tacite, 887, 888 et suiv. — A moins que les créanciers ne prouvent que la société a profité de l'engagement, 813 et suivants.

Action de in rem verso. Voy. *Action.*

Action institoire. Voy. *Action.*

Apport. Associé créancier de la société à raison de son apport, lorsqu'il n'en a mis que la jouissance en société, 585, 586 et suiv. — A raison de sa participation à la gestion des affaires de la société, soit pour avances, soit pour obligations contractées, soit pour pertes subies au service de la société, 801, 802 et suiv.

Associé. Voy. *Apport.*

Associé débiteur personnel. Quand est-ce que la créance d'un tiers contre un associé lui donne action contre la société? 771, 772 et suiv., 895 et suiv. — *Quid* si tous les associés ont contracté ensemble? 847 et suiv.

Avances et déboursés. Créance à raison des avances et déboursés faits pour la société, 802, 803.

Commanditaires (*Associés*). Sont-ils attaquables directement? 828 et suiv.

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

G

H

I

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

N

O

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

soudre, 876, 877. — *Secùs* si elle embrasse une série d'opérations, 878.

Crédit. Deux espèces de crédit. Peut-il être mis en société? 87, 114.

Gérant. Le gérant d'une société est chargé d'en atteindre et d'en réaliser l'objet, 681.

Licite et illicite. Cet objet doit être *licite*, 85. DALANGLE, 100. — Qu'entend-on par *objet illicite* dans une société? Exemples, 86 et suiv., 90. DELANGLE, 101.—La gestion d'un office est-elle pour une société un objet *illicite*? 88 et suiv. (Voy. OFFICE et ILLICITE.) — Celui des associés qui détient les résultats de la collaboration, peut se les approprier. Les autres associés n'ont pas d'action en justice pour réclamer le partage. DELANGLE, 102. — La convention qui a pour objet une contravention aux lois fiscales, la contrebande, par exemple, est illicite et nulle. DELANGLE, 103.

Nature. Nature de l'objet d'une société de la valeur duquel dépend le mode de preuve exigé, 202.

Participation. Objet de l'association en participation. — Le code de commerce s'est cru obligé de le définir, 481, 482 et suiv., 489. — Divergence des auteurs et de la jurisprudence sur la nature de cet objet, 497.

Sociétés particulières. Voy. *Variété.*

Variété d'objet des sociétés particulières, 315.

OBLIGATION. Voy. ASSOCIÉS *entre eux et à l'égard des tiers*, DISSOLUTION, ADMINISTRATION, COMMANDITE, CRÉANCIER, PROPRIÉTÉ.

OBLIQUE (*Action*). Les associés de celui qui a cédé partie de son intérêt social à un croupier n'ont contre ce dernier qu'une action oblique, 759. — *Vice versâ*, le croupier n'a qu'une action oblique contre eux, à raison de leurs fautes, 761, 762. — Les tiers qui ont contracté avec un associé seul, en son privé nom, n'ont pas d'action directe contre la société dont ils n'ont pas suivi la foi. Ils n'ont que l'action *oblique*, 771, 772 et suiv. — Lors même qu'ils allégueraient que la société a profité de l'engagement, 776, 777, 802.—*Secùs*, si l'associé a signé sous le nom social, ou s'il avait pouvoir de ses coassociés, 805 et suiv. — Les tiers n'ont-ils contre les commanditaires que l'action oblique? 828, 829 et suiv. Voy. ACTION DIRECTE.

OCTROI. Participation à la ferme de l'octroi d'une ville, 485.

ŒUVRE DE LA DÉFIANCE. Société territoriale, 344.

OFFICE. La société formée pour l'exploitation d'un *office vénal* est-elle illicite, à raison de son objet? Opinion des auteurs et jurisprudence des tribunaux sur cette grave question, 88 et suiv., 98. — Dangers de pareilles associations pour la société, 93, 94, 95. — Aussi n'engendrent-elles entre associés aucune action ni pour la communication des pertes et gains, ni pour la répétition même de leur mise de fonds individuelle, 99 et suiv., 105.

Agent de change ne peut mettre son office en société, 89, 98. DALANGLE, 108, 109. Voy. ILLICITES, COMMUNAUTÉ.

OPÉRATION. Voy. DISSOLUTION, BÉNÉFICE.

Continuation. Opérations commencées par l'associé défunt doivent être mises à fin par les héritiers, nonobstant la dissolution de la société, 893. — Même obligation pour les autres associés qui avaient entamé des opérations avant le décès, 895.

OPPORTUNITÉ. Voy. DISSOLUTION.

OPPOSITION. Voy. ADMINISTRATION, SOCIÉTÉ.

ORDRE PUBLIC. Nullité d'ordre public ne se couvre pas, 240, 246. — Les considérations d'ordre public peuvent seules motiver une dérogation au principe de la liberté des conventions, 711. Voy. ILLICITES, PUBLICITÉ.

ORGANISATION. Voy. COMMANDITE, ADMINISTRATION, ORIGINE. Voy. COMMANDITE, LIQUIDATEUR, RAISON SOCIALE, SOLIDARITÉ.

OUVRIERS. Simples ouvriers ne sont ni commerçants ni marchands, 319.

P

PART. Voy. BÉNÉFICE, LÉONINES, ADMINISTRATION, UNIVERSELLE.

§ I. — *Dettes et bénéfices.*

Chaque associé est tenu des dettes communes vis-à-vis de son coassocié, proportionnellement à sa part dans la société, 611. — Règlement des parts entre associés fait par le législateur dans le silence des parties, 613, 614 et suiv. — Le code a adopté le système de la légalité proportionnelle, 615. — Difficulté du règlement des parts en cas de diversité de nature des mises, 616, 617 et suiv.—La fixation des parts sociales peut être confiée à un tiers ou à l'un des associés, 623, 624 et suiv. — Règlement conventionnel, 627. Voy. BÉNÉFICE, *Distribution.*

Arbitrateur. Règlement des parts sociales confié à un associé ou un tiers *arbitrateur*, 622, 624 et suiv. — Fins de non-recevoir contre sa fixation, 624. —*Quid* s'il meurt avant d'avoir réglé? 625. — Ou s'il n'est pas désigné par le contrat? 626.—*Quid* si au lieu d'une personne les parties en ont désigné deux ou plusieurs? 625 2o. — Le partage entre les deux arbitres entraînerait aussi la nullité de la société, 625 3o. — Cas où depuis l'association les parties conviennent d'un tiers qui refuse, 626 2o.

Cession. La vente par un associé de sa part indivise durant la société est subordonnée aux chances du partage, 751.

Règlement des parts entre associés, fixé par la loi à défaut de convention particulière, 612 et suiv. — Peut être confié à un associé ou un tiers arbitrateur, 623 et suiv.—Fins de non-recevoir contre le règlement de cet arbitrateur, 624, 625, 626. — Règlement conventionnel, 627. — Limites de la volonté libre des parties sur ce point, 628 et suiv. — Caractères d'une règlement *léonin*, 628, 629, 647 et suiv. — Règlement des parts et comptes de la société après la dissolution, 996 et suiv. — Ce règlement est confié à un liquidateur dans les sociétés de commerce, 1002, 1003 et suiv. — *Quid* si l'un apporte des capitaux et son industrie, l'autre son industrie seulement? 619.

Société annulée. Mode de liquidation des sociétés annulées pour défaut de fixation des parts, 626 3o.

Tiers. Vis-à-vis des tiers, les associés sont tenus, de droit commun, des dettes sociales pour une part égale, 818, 847 et suiv., 856. — Sauf la réserve formelle insérée dans l'engagement, 818. — Et les principes particuliers aux sociétés de commerce, 822 et suiv., 850 et suiv. — *Quid* si la société n'est actionnée par le créancier que par cela seul qu'elle a profité de l'engagement? 820.

§ II. — *Part sociale.*

Formation. Formation des parts et leur attribution après la dissolution de la société, 996 et suiv., 1020. — Mode de procéder bien plus rapide qu'en matière de succession, 1000, 1001, 1005, 1007, 1017, etc.

Préférence. Voy. *Retrait.*

Retirement. Les associés, dans toute société, ne peuvent retirer leur part de la société qu'après le prélèvement des dettes communes, 865.

Retrait. La cession de sa part par un associé ne donne pas ouverture au droit de retrait en faveur de ses coassociés comme en matière de partage de succession, 1059. — Sauf

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

de surveiller l'administration des affaires sociales, sans crainte de s'engager personnellement, 422. — Quelles sont les limites de ce droit de surveillance ? Quand commence l'immixtion ? 424, 425, 426 et suiv. — Système de surveillance sévère de l'administration sur les sociétés anonymes, 471, 472. — L'autorisation donnée par les commanditaires au gérant pour hypothéquer ou compromettre ne dépasse pas les limites de leur droit de surveillance, 686, 660. Voy. ANONYME, COMMANDITAIRE.

SURVIVANT. Clause qui attribue la totalité des bénéfices sociaux au survivant des associés. Est-elle licite ? 646. DELANGLE, 136. — La clause de continuation de la société entre les associés survivants a toujours été permise, 950. — Le code n'établit aucune différence entre cette clause et celle de continuation avec les héritiers de l'associé défunt, 951. — Distinction si le pacte de continuation est antérieur ou postérieur au décès, 656, 657 et suiv. — Droits des héritiers du défunt contre les associés survivants, quand la société a été continuée entre ceux-ci seulement, 964. Voy. BÉNÉFICE.

T

TACITE. *Société tacite*. Voy. TAISIBLE. D'après notre droit civil, une société ne peut plus être constituée tacitement, 197, 198 et suiv.

Propres. Par opposition aux biens acquis à titre onéreux, aux produits de l'industrie, les propres de succession et donation ne tombaient pas dans les anciennes sociétés tacites, 260.

Mandat tacite conféré à chaque associé par la société d'administrer les affaires sociales en l'absence d'un gérant élu, 712, 713 et suiv. — La dissolution, même *tacite*, d'une société civile peut être opposée aux tiers qui l'ont positivement connue, comme aux associés qui la dénient, 911. — Suppression des prorogations de sociétés tacites, 913. — Renouvellement tacite d'une société dissoute par le décès d'un associé. Comment se règle la nouvelle société dans le silence des parties ? 962, 963.

TAISIBLES. Anciennes sociétés *taisibles* ou tacites, 164, 195. — Voy. *Préf.*, p. xxxv, et suiv. — Communautés ou sociétés taisibles, 196, 197. — Continuent l'indivision des biens du père de famille, 256. — Favorables à l'agriculture, 257. — Causes de leur disparition, 197, 258. — Leur actif, 260. — Supportaient la dépense personnelle des associés et l'entretien des enfants, 261, 297. — Différence avec nos sociétés actuelles de tous gains quant à leur actif, 265. — Leur ancienne organisation administrative, 666. — Leur maître ou chef contractait sous une raison sociale, 694. — Voy. Préf., p. xx et suiv. — La continuation de ces sociétés avait-elle lieu de plein droit avec les héritiers du communiste décédé ? 681. — *Quid* s'il y avait des héritiers mineurs ? 956. — Voy. Préf., p. xlii, xliii. — Formule solennelle de leur dissolution par la volonté des associés, 911. — Leur liquidation était assujettie à toutes les formalités des partages de successions, 1056.

TEMPS. Toute société se dissout à l'expiration du temps fixé par la convention, quand même l'affaire ne serait pas consommée, 870 et suiv. — Ce temps peut être prorogé par une convention. Dans quelle forme ? 912 et suiv.

TERME. L'échéance du terme fixé par la convention pour la durée de la société la dissout de plein droit, 870 et suiv. Voy. DISSOLUTION.

Anticipation. Les associés peuvent se séparer avant l'échéance du terme fixé. Formes de cette dissolution, 909, 916, 911. — Quoique le terme ait été fixé, les associés peuvent néanmoins demander la dissolution de la société pour une juste cause, 993 et suiv.

Ignorance. Les associés ni les tiers ne peuvent objecter leur ignorance de cet événement, 603.

Illimitée. Quand aucun terme n'a été fixé, tout associé peut provoquer la dissolution de la société, 965 et suiv. — Mais une société n'est pas *illimitée* quand par sa nature elle renferme un terme implicite, 669, 676.

Prescription. La prescription de l'action quinquennale des tiers, contre les anciens associés, court à partir de l'expiration du terme fixé par le contrat à la société commerciale légalement publiée, 1046.

Prorogation. Les associés peuvent aussi proroger ce terme, 912 et suiv.

TERRITORIALES. Sociétés territoriales entre propriétaires contre les fléaux de la nature, sont purement civiles, 341, 13.

TESTAMENT. Le respect pour la liberté de tester était cause de la prohibition faite par le droit romain de stipuler la continuation de la société avec les héritiers de l'associé décédé, 670.

TESTIMONIALE (*Preuve*). Son ancienne faveur, 195, 196, 167. — Dans quels cas notre code l'admet-il encore ? 266, 261, 208, 200. — Refusée aux associés, elle peut être invoquée par les tiers si la société a traité avec eux comme société, 210 et suiv., 226, 230. — Peut-on prouver par témoins la mauvaise foi des associés ou des tiers qui nient la dissolution tacite d'une société civile ? 911. Voy. PREUVE.

TIERS. La création, par une société en commandite, d'actions au porteur, peut-elle leur porter ombrage ? 166 et suiv. Voy. ACTION, ADMINISTRATION, CRÉANCIERS, ASSOCIÉS A L'ÉGARD DES TIERS, COLLECTIF, COMMANDITAIRE, DISSOLUTION, MISE, PART, PARTICIPATION, PUBLICITÉ.

Actions en justice. Les tiers actionnés par le gérant d'une société peuvent-ils exiger que l'exploit d'ajournement soit au nom de tous les associés ? 692. — Comme aussi, doivent-ils actionner tous les associés individuellement ? 695.

Anonyme. Dans la société anonyme, le capital social est leur unique garantie, 444, 452, 827. — Ne peuvent poursuivre les associés anonymes, même gérants de la société, au delà de leur mise ? 452, 451, 627. — Peuvent-ils contraindre directement ceux-ci au versement de cette mise ? 457. — Règlement de leurs apports avec les associés anonymes avant la concession de l'autorisation royale, 475, 476.

Appointements. La société ne pourrait-elle allouer à l'un des associés les appointements fixes qu'elle allouerait à un tiers par voie de louage d'industrie ? 651.

Associés. Ils conservent leur action contre l'associé souscripteur de billets, nonobstant la cession qu'il a faite de son intérêt social, 175. — Ils ne souffrent pas de la négligence des associés ; la preuve testimoniale leur est ouverte pour établir qu'ils ont traité avec une société soit *civile*, soit de *commerce*, 216 et suiv., 229, 230. — Combien elles étaient peu fixées autrefois dans les sociétés commerciales, 357. — Quelle en est la nature dans les sociétés en nom collectif ? 359 et suiv. — Engagements des associés à l'égard des tiers, 776, 771 et suiv. — 1° Les tiers ont contracté avec l'un des associés seul, sous son nom privé ; ils n'ont pas d'action *directe* contre la société, lors même qu'elle en aurait profité, 772 et suiv. — Discussion, jurisprudence de la cour suprême, application de ces principes à la société en participation, 786 et suiv. — Décision notable de la rote de Gênes, 783 et suiv., 601. — Application des mêmes principes à la société en commandite, soit qu'elle n'ait pas eu de publicité, comme autrefois, 803 ; soit qu'elle ait une raison sociale, 864, 698 et suiv. — 2° Les tiers ont contracté avec un gérant ou institeur qui a signé la raison sociale, 605, 606 et suiv. — Avec mandat régulier, 607 et suiv. — Ou bien la société a profité de l'engagement, 613. — Dans quelle mesure alors les associés sont-

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

(Les chiffres renvoient aux numéros et non à la page.)

VOLONTÉ des contractants en matière de société, fait loi tant qu'elle ne viole pas les principes de morale et l'ordre public, 170, 171. Voy. **UNANIMITÉ**, **MAJORITÉ**, **ADMINISTRATION**, **ÊTRE MORAL**.

Dissolution. Volonté de tous les associés dissout la société, 910, 911. — Et même la volonté d'un ou plusieurs des associés, 909, 965 et suiv. — Les sociétés illimitées peuvent seules être dissoutes par la volonté arbitraire d'un seul associé, 965. — Raison de cette faculté exorbitante, 966. — Qu'entend-on par *sociétés illimitées* ? 967 et suiv. — Les statuts d'une société illimitée, dont le capital est divisé en actions, peuvent-ils remplacer la faculté accordée à tout associé d'en demander la dissolution par celle de s'en retirer au moyen de la cession de son action ? 971, 972, 973. — Conditions d'efficacité de cette volonté d'un seul associé de dissoudre la société, 974 et suiv. — Si la société est limitée quant à sa durée, la volonté d'un seul ne peut la dissoudre qu'en vertu de justes motifs, 983 et suiv. — Sans distinction entre les associés qui se sont obligés à faire ou ne pas faire, et ceux qui se sont obligés à donner, 990. — L'inexécution de ses engagements de la part d'un associé peut être volontaire ou involontaire. Conséquences de cette différence, 985 et suiv., 991 et suiv.

Limites. Limites de cette indépendance dans le règlement de la participation aux gains et aux pertes, 627 et suiv., 662.

Liquidateur. La nomination du liquidateur d'une société peut avoir lieu contre la volonté de quelques-uns des associés, 1028.

Prorogation. La volonté unanime est indispensable pour proroger une société à durée limitée, 912 et suiv.

CONCORDANCE DU CODE DES DEUX-SICILES

(Titre X, de la Société) *avec les articles correspondants du Code Civil français.*

CODE DES DEUX-SICILES. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.	CODE DES DEUX-SICILES. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.	CODE DES DEUX-SICILES. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.
1704	1832	1718	1846	1732	1860
1705	1833	1719	1847	1733	1861
1706	1834	1720	1848	1734	1862
1707	1835	1721	1849	1735	1863
1708	1836	1722	1850	1736	1864
1709	1837	1723	1851	1737	1865
1710	1838	1724	1852	1738	1866
1711	1839	1725	1853	1739	1867
1712	1840	1726	1854	1740	1868
1713	1841	1727	1855	1741	1869
1714	1842	1728	1856	1742	1870
1715	1843	1729	1857	1743	1871
1716	1844	1730	1858	1744	1872
1717	1845	1731	1859	1745	1873

CONCORDANCE DU CODE SARDE

(Titre XII, du Contrat de Société) *avec les articles correspondants du Code français.*

CODE SARDE. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.	CODE SARDE. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.	CODE SARDE. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.
1855	1832	1869	1847	1883	1860
1856	1833	1870	1848	1884	1861
1857	1835	1871	1849	1885	1862
1858	1836	1872	1850	1886	1863
1859	1837	1873	1851	1887	1864
1860	1838	1874	1852	1888	1865
1861	1839	1875	1853	1889	1866
1862	1830	1876	1854	1890	1867
1863	1841	1877	1855	1891	1868
1864	1842	1878	1856	1892	1869
1865	1843	1879	1857	1893	1870
1866	1844	1880	1858	1894	1871
1867	1845	1881	»	1895	1872
1868	1846	1882	1859	1896	1873

CONCORDVNCE DU CODE HOLLANDAIS

(Titre IX, du Contrat de Société) *avec les articles correspondants du Code français.*

CODE HOLLANDAIS. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.	CODE HOLLANDAIS. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.	CODE HOLLANDAIS. Articles.	CODE FRANÇAIS. Articles.
1655 }	1832	1671		1681	1864
1656 }	1833	1672	1855	1682	»
1657 }	1834	1673	1856	1683	1855
	1835	1674	1857	1684	1871
1658	1837	1675	1858	1685	1867
1659	1838	1676	1859	1686	1869
1660	1841	1677	1860	1687	1870
1661 }	{ 1843	1678	1861	1688	1868
à }	{ à	1679	1862	1689	1872
1670 }	{ 1853	1680	1863	1690-1730	»

CONCORDANCE DU CODE DE LA LOUISIANE

(Titre XI, de la Société) *avec les articles correspondants du Code Civil français.*

Code de la Louisiane. — Articles.	Code français. — Articles.	Code de la Louisiane. — Articles.	Code français. — Articles.	Code de la Louisiane. — Articles.	Code français. — Articles.
2772	1832	2810-2813	23 Pr. Civ.	2841	1859-1860
2773-2779	»	2814-2822		2842	1861
2780	1833	2823	1873	2843	1862
2781-2784	»	2824	1843	2844	1863
2785	1855	2825	1844	2845-2846	»
2786		2826	»	2847	1865
2787-2794	»	2827	1845	2848	
2795-2796	»	2828	»	2849	1866
2797	1835	2829	1846	2850	1867
2798	»	2830	1847	2851	
2798	1873	2831	1848	2852	»
2799	»	2832	1849	2853	1833
2800	»	2833	1850	2854	»
2801	1836	2834	1851	2855	1869
2802	1039	2835	1852	2856	1870
2803	»	2836	1853	2857	1871
2804	1840	2837	1854	2858	1871
2805	1834	2838	1856	2859	
2806	1841	2839	1857	2860	»
2807-2809	»	2840	1858	2861	1872

CONCORDANCE DU CODE DU CANTON DE VAUD

(Titre VII, du Contrat de Société) *avec les articles correspondants du Code français.*

Code du Canton de Vaud. — Articles.	Code français. — Articles.	Code du Canton de Vaud. — Articles.	Code français. — Articles.	Code du Canton de Vaud. — Articles.	Code français. — Articles.
1316	1832	1328	1851	1340	1866
1317	1833	1329	1852	1341	1867
1318	1834	1330	1853	1342	1868
1319	1837	1331	1855	1343	1869
1320	1843	1332	1856	1344	1870
1321	1844	1333	1857	1345	1871
1322	1845	1334	1858	1346	»
1323	1846	1335	1859	1347-1354	»
1324	1847	1336	1860	1355	1088
1325	1848	1337	1861	1356	»
1326	1849	1338	1862	1357	1873
1327	1850	1339	1865		

AVIS IMPORTANT.

Ainsi que nous le faisions pressentir à la fin de l'avertissement (1re partie, p. VI), nous nous sommes décidé à reproduire en entier le commentaire de DELANGLE sur les sociétés commerciales, à la suite du livre de Troplong. C'était pour nous l'occasion de faire connaître de mieux en mieux le système de nos publications, entreprises dans une vue d'ensemble et d'unité.

Le commentaire de Troplong était imprimé en grande partie quand a paru l'ouvrage de Delangle. Il nous suffisait alors de conférer Troplong et Delangle, pour que ce dernier auteur vît toute la doctrine se grouper autour de lui. Nous en agirons toujours ainsi dans la suite, quand nous publierons un travail sur une matière traitée dans le *Commentaire des commentaires*.

Nous renvoyons aux nombres de Troplong dans tous les passages où Delangle a examiné les mêmes questions. Dans le corps des sommaires de chaque article du code de commerce, nous rappelons les questions qui ont été examinées par Troplong seulement; de telle sorte que, pour la matière des sociétés commerciales, c'est le livre de Delangle qui présente, sous la forme du commentaire, l'ensemble le plus complet. Nous avons pu, dans ce système, présenter à la suite de chacun de ces articles le tableau de la discussion et des observations des tribunaux d'appel et de commerce sur le projet du titre des sociétés dans le code de commerce. C'est la première fois que ce travail est ainsi spécialisé.

Un autre guide sous une autre forme, celle du *Traité*, se retrouve dans la réunion des sommaires des deux ouvrages de Troplong et de Delangle. Cette réunion présente dans l'ordre méthodique l'analyse des deux commentaires.

Enfin nous avons refondu sur un autre plan, dans le répertoire alphabétique, la table du commentaire de Troplong, où les recherches étaient beaucoup plus difficiles; et dans cette refonte nous avons compris la table spéciale du livre de Delangle. Ce ne sera pas un des moindres avantages de notre publication sur les publications rivales.

Notre système doit être maintenant bien connu, il s'exprime dans cette formule : « *rattacher à chaque ouvrage que nous publierons tous les ouvrages précédemment publiés sur la même matière.* »





